المجلد الثاني من الكاشف ح شرح المواقف
نسخ سـ ٤١

آيا صوفيه
١٢٠٧


الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله



في الدعوى

1

كتاب الاشربة ٣٤٦

فصل في قضاء الدين ٤٦٩

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي وهو من الاضداد اذ يقع في الغالب على اخراج المبيع عن الملك قصدا او تعدى الى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر يقال باعه الشيء وباعه منه والشراء كذلك من الاضداد قال الله تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملك قصدا وانما جمع المصدر على تاويل انواعه كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعا وثمنا وبيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع المساومة وهو البيع بثمن يتفقان عليه وبيع المرابحة وهو البيع بالثمن الاول وزيادة وبيع التولية وهو البيع بالثمن الاول بلا زيادة وبيع الوضيعة وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول والكل مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة وهي كثيرة واجماع الامة والمعقول وهو ان الله تعالى جعل المال سببا لاقامة مصالح العباد وشرع الاكتساب اذ كل ما يحتاج اليه كل واحد لا يوجد مباحا في كل موضع وفي الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضي واليه اشار تعالى بقوله ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وينعقد بصدور ركنه من اهله في محل قابل لحكمه كساير العقود الشرعية فاهله كل عاقل مميز ومحله ما يقبل حكمه وهو الملك وهو عبارة عن القدرة لغة قال الله تعالى لا يملكون لانفسهم ضرا ولا نفعا وعن القدرة على التصرفات في المحل بوصف الاختصاص شرعية ومعناه ان يتمكن من التصرفات في المحل على وجه لا يقدر غيره على دفعه ويقدر هو على دفع غيره وهو صفة المالك لان القدرة صفة القادر الا انه يراد بها المقدور والمملوك فيكون وصفا للمحل حينيذ وركنه ما يقوم به العقد وهو الايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت ويقول الاخر اشتريت او قبلت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع لان الواضع لم يضع للانشاء لفظا خاصا فاستعمل اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي للانشاء وانما خص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق المخبر به ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود حقا له لمقتضى الحكمة فاذا قصد الانشا اختير اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي ولا ينعقد بلفظين احدهما مستقبل مثل ان يقول البايع ابيعك او اشتر مني ويقول المشتري اشتريت او يقول المشتري بعني فيقول البايع بعت بخلاف النكاح فانه لو قال زوجني فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح والفرق ان النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهما يدلان على ان المراد به الحال اما البيع فيقع بغتة فيحمل ابيعك على وعد اسامًا وطلبا وذلك لا يدل على الوجود

لا محالة ولان قوله زوجني ينك تفويض العقد اليها فيجعل قوله زوجت عقدا تاما لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان ماذونا به ولا يتاتى هذا في البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذا لم يكن احدهما موليا عليه من الاخر ولا يلزم انه لو قال خذه بالف فان البيع ينعقد به لانه امره بالاخذ بالالف وليس له ولاية الامر بالاخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعتك بكذا فخذه وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او جعلت لك عبدي هذا بالف بمعنى قوله بعت لانه يؤدي معناه والعبرة في العقود للمعاني والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصيل كفالة ولا يلزم انه ينعقد البيع بالتعاطي في الاشياء النفيسة والخسيسة عند الجمهور وهو الاجود للشيء مع انتفاء ركنه لانه وجد التراضي وهو المعتبر في الباب الا انه لما كان باطنا اقيم الايجاب والقبول مقامه لدلالتهما على الرضى منهما والتعاطي ادل على الرضى منهما والشرط في بيع التعاطي الاعطاء من الجانبين عند شمس الايمة الحلواني رحمه الله تعالى وقيل الاعطاء من احد الجانبين يكفي واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد بلا رضاه فيتضرر به وهو مدفوع واذا لم يفد الحكم بدون قبول الاخر فللموجب ان يرجع عن الايجاب لانه خلا عن ابطال حق الغير لما لم يتصل الايجاب بافادة الحكم وخيار القبول وذا يمتد الى اخر المجلس وعند الشافعي رحمه الله على الفور ولنا ان المشتري محتاج الى التامل والتروي انه يوافقه ام لا فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا والكتاب والارسال كالخطاب حتى يعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة لانهما من الغايب كالخطاب من الحاضر لانه عليه السلام كان مامورا بتبليغ الشرايع الى الناس وقد بلغ البعض بهما فلو لم يكونا كالخطاب لكان مقصرا في التبليغ وحرم التفريق في القبول والقبض باداء ثمن البعض او الابراء او التاجيل وان كان بعضها دراهم وبعضها دنانير ان اتحد العاقد والعقد والثمن او الاكثر وحل ان تعدد الكل او الاكثر اعلم ان البايع اذا اوجب في شيء او شيين فاراد المشتري ان يقبل في البعض دون البعض ليس له ذلك وكذا اذا اوجب المشتري واراد البايع ان يقبل في البعض دون البعض ليس له ذلك ان اتحدت الصفقة لتضرر الاخر بتفريق الصفقة وان تفرقت الصفقة فله ذلك والتفريق في القبض كالتفريق في القبول لان بالقبض تمام العقد والصفقة متى اتحدت ايجابا اتحدت اتماما وان تفرقت ايجابا تفرقت اتماما وهذا لان للقبض شبها بالعقد لانه يفيد ملك التصرف كما ان العقد ملك الرقبة فكما لا يصح قبول العقد في

البعض دون البعض عند اتحاد الصفقة ويصح عند تعددها لا يصح قبض البعض
عند اتحادها ويصح عند تعددها • وهذا لأن عند الاتحاد يتضرر الآخر بعيب
الشركة أو بفوت الغرض إذ المرء قد يجمع بين الشيئين في البيع أو الشراء وغرضه
أحدهما فإذا اشترى شيئين أو شيئا ونقد ثمن البعض فليس له أن يقبض ما نقد
ثمنه • وكذا لو أبرأه عن ثمن البعض أو أجله أو كان في الأصل ثمن البعض
مؤجلا • وكذا إذا كان ثمن البعض دراهم أو ثمن البعض دنانير فنقد الدراهم
لم يقبض ما نقد ثمنه • وإذا اتحد العاقد والعقد والثمن أو الأكثر اتحدت
الصفقة • وإن تعدد الكل أو الأكثر تعددت الصفقة وتعدد العاقد أن يكون
البائع والمشتري اثنين • وتعدد الثمن بأن يقول بعت منك هذين الثوبين هذا
بكذا أو هذا بكذا • وتعدد العقد بأن يقول بعت منك هذا بكذا أو بعت هذا بكذا
وهذا لا يتصور مع اتحاد الثمن • وقوله في الهداية إلا أن يبين ثمن كل واحد لأنه
صفقات معنى لا يتم إلا أن يدرج تكرار اللفظ للعقد لأن به تعدد الصفقة
لا بمجرد ثمن كل واحد • فإنه إذا تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد بأن خاطب
الواحد واحدا وقال بعت منك هذه الأثواب العشرة كل ثوب بعشرة كانت
الصفقة متحدة نص عليه في المحيط لترجح ما يوجب الاتحاد • والأصل أنه إذا
تعارضت جهات الصفقة وجهات التعدد يعمل بالغالب • وأيهما قام عن المجلس
قبل القبول بطل الإيجاب إذ القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك لما مر •
وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا بعيب أو عدم
رؤية • وقال الشافعي رحمه الله لكل واحد منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا بدنا
لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا • ولنا أن العقد لما تم
بالإيجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من أيهما كان إبطال
حق الآخر بلا رضاه فلا يجوز كما بعد الافتراق عن المجلس • والمراد بالحديث
خيار القبول والتفرق تفرق الأقوال • أي إذا أوجب أحدهما البيع فالآخر بالخيار
إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل • وللموجب خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه
وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا • فإن تفرقا قولا بأن قال أحدهما بعت
وقال الآخر اشتريت لم يبق الخيار بعده وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة
لا بعدها ولا قبلها كالمتقابلين والمتناظرين • وتحقيقه أن الأحوال ثلاثة
حالة لم يوجد فيها الإيجاب ولا القبول وحالة وجدا فيها • وحالة وجد فيها
أحدهما فإطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الأولى والثانية مجاز باعتبار ما
يؤول إليه أو باعتبار ما كان • فتعينت الحالة الثالثة إذ هي جامعة قريبة إلى الحقيقة
إذ الشارع في الإيجاب ما داما في المجلس لم يبطل بالقبول • فإن قيل ذكر ابن عمر

رضي الله

رضي الله عنهما أن التفرق تفرق الأبدان • قلنا تأويل الراوي لا يكون حجة على غيره
ولا يكون رادا لاحتمال آخر • كيف وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في
رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما • والثمن إذا كان غير مشار لا بد
من معرفة قدره وصفته لأن جهالتهما تفضي إلى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيعرى
العقد عن المقصود • وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز • وإن كان الثمن أو غيره
مشارا لا يحتاج إلى معرفة مقداره في جواز البيع • لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف
وجهالة الوصف لا تفضي إلى النزاع فلا تمنع الجواز بخلاف السلم فإن معرفة رأس
المال شرط عند أبي حنيفة رحمه الله • وصح البيع بثمن حال ومؤجل بأجل معلوم
لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع • وقد اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم من
يهودي إلى أجل ورهنه درعه • ولا بد من معلومية الأجل لأن جهالته تفضي إلى النزاع
فالبائع يطالبه في مدة قريبة والمشتري يسلمه في مدة بعيدة فيمتنع التسليم والتسلم • ومن
أطلق الثمن في البيع بأن ذكر القدر دون الصفة كان على غالب نقد البلد لأن المتعارف
بين الناس المعاملة بالنقد الغالب فكان التعيين بالعرف كالتعيين بالنص فانصرف
مطلق التسمية إليه كيف وفيه التحري للصحة وأمور المسلمين محمولة على الصحة
والسداد فالعقل والدين يمنعان عن الفساد • وإن كانت النقود مختلفة فسد
البيع إلا أن يبين أحدها • وهذا إذا كانت النقود في الرواج سواء لأنه لا يمكن
ترجيح بعضها على البعض لإطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولا وهذه الحالة تفضي إلى
النزاع إذ الطالب يطالب بأغلى النقود والمطلوب يسلم أدنى النقود وكل واحد منهما
يحتج بمطلق التسمية فيفسد العقد إلا أن تزول الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أروج
فحينئذ يصرف إليه تحريا للصحة • وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت
سواء فيها جاز البيع إذا أطلق اسم الدراهم وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان
إذ لا نزاع عند عدم الاختلاف في المالية وهو المانع من الجواز وذا بأن يكون الواحد
أحاديا والآخر ثنائيا أو ثلاثيا • فمالية الاثنين من الثنائي كمالية الواحد من الأحادي
ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم
إلى الجملة لا شيئا فهو الواحد من الأحادي والاثنان من الثنائي والثلاث من الثلاثي فحينئذ
يصح العقد على الدرهم المطلق • ويجوز بيع الطعام والحبوب كيلا وجزافا لأن الجهالة
لا تمنع من التسليم فصارت كجهالة القيمة بأن باع شيئا ولا يعرف قيمته فإنه يجوز لأن الجهالة
لا تفضي إلى النزاع وهذا إذا باع بخلاف جنسه مجازفة لقوله عليه السلام إذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم • وإن باع بجنسه مجازفة لا يجوز لاحتمال الربوا وشبهته
ملحقة بحقيقته • ويجوز بإناء بعينه لا يعرف قدره أو بوزن حجر بعينه لا يعرف قدره
لأن البيع يوجب التسليم في الحال وهلاكه قبل التسليم نادر فلا يعتبر بخلاف السلم

لأن التسليم في السلم لا يعقب العقد وإنما يكون بعد حلول الأجل وإنما يهلك الإناء أو الحجر قبل حلول الأجل فلا يدرى كم يجب تسليمه فيؤدي إلى النزاع واحتمال الفساد فيه ملحق بحقيقة الفساد لأن العقد على المعدوم في الحال. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يجوز في بيع العين أيضا لأن المبيع مجهول القدر والأول أصح لأن الجهالة لا تمنع لذاتها بل لإفضائها إلى النزاع. فإذا كان القفيز قائما أمكن التسليم فلا يؤدي إليه. ومن باع صبرة طعام كل صاع بدرهم صح في صاع عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يسمي جملة قفزانها. وقالا يجوز في الكل سمى أو لم يسم. ولو باع كل قفيز بدرهم من صبرة تبر وشعير لا يصح عنده في الكل وعندهما يصح في الكل وذكر في المحيط والإيضاح أن العقد يصح على قفيز واحد منهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في الكل عنده. وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان ولو سمى الكل صح. فههنا أربع مسائل أحدها في المكيلات والموزونات. والثانية في العدديات المتقاربة. والثالثة في العدديات المتفاوتة كالأغنام ونحوها. والرابعة في الذرعيات فالثانية ملحقة بالأولى والرابعة ملحقة بالثالثة وكل وجه على ثلاثة أوجه إما أن يبين جملة الأغنام وجملة القفزان ولم يبين جملة الثمن. أو يبين جملة الثمن ولم يبين عدد الأغنام والقفزان وفي هذين الوجهين يجوز إجماعا لأن المبيع لما صار معلوما بالتسمية وقد بينا ثمن كل شاة وكل قفيز صار الثمن معلوما ضرورة وكذا عكسه. وإن لم يبين جملة الثمن ولا جملة الأغنام والقفزان فعنده لا يجوز إلا أن يعلم جملة الأغنام والقفزان في المجلس وعندهما يجوز في الكل لأن المبيع معلوم بالإشارة. إذ الكلام فيما إذا أشار إلى القطيع ونحوه أو إلى الصبرة ونحوها وكذا ثمن كل شاة وكل قفيز وطريق معرفة ثمن الكل قائم من غير أن يتضرر به أحد المتعاقدين وهو العد والكيل وقيام طريق المعرفة كقيام حقيقة المعرفة في حق جواز البيع. كما لو باع عبدا بوزن هذا الحجر ذهبا أو بهذه الدراهم ولا يعلم وزنها. وله أن كلمة كل إذا أضيفت إلى ما لا يعلم منتهاه فإنما يتناول أدناه كقوله لفلان علي كل درهم فإنه يلزمه درهم. وإنما خولف في قوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق لأن هذا فيما يجري فيه النزاع ولأنه تعذر تجويز البيع في الكل لجهالة المبيع والثمن لأن قدر الثمن بعدد الأغنام والقفزان وعددهما غير معلوم. وفيما بين الكل والأدنى لعدم رجحان البعض على البعض فينصرف إلى الواحد لأنه معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية كل الأغنام والقفزان أو بالعد والكيل في المجلس غير أن بيع شاة من القطيع وذراع من الثوب لا يصح للتفاوت فيؤدي إلى النزاع. وبيع قفيز من صبرة وجوزة من هذه

الجوزات

الجوزات يصح بثمن معلوم لعدم التفاوت لكونهما من ذوات الأمثال فلا تؤدي الجهالة إلى النزاع. حتى قال أبو حنيفة في رواية في صبرة تبر وشعير أنه لا يصح في شيء لأن الواحد متفاوت مجهول. ومتى جاز البيع في قفيز واحد عنده تخير المشتري لتفرق الصفقة عليه. ولا يقال ينبغي أن لا يتخير لعلمه بانصراف البيع إلى قفيز واحد على اعتبار الجهل بعدد القفزان. لأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه ولا علم للعوام بالأحكام خصوصا في المسائل الاجتهادية. فإن علم مبلغ الجملة بعد الافتراق لا ينقلب العقد جائزا في الصحيح لأن المفسد قد تقرر بالافتراق عن المجلس قبل إزالته وإن علم بعد ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد استحسانا. لأن حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولكن يتخير المشتري. لأن الثمن كان مجهول القدر عنده وإنما انكشف الحال في مقدار الجواب الواجب عليه ثمنا في الحال فيتخير لأجله كما لو رآه بعد البيع ولم يكن رآه وقت البيع. ويسمى هذا خيار تكشف الحال. ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدت أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضى المشتري بالموجود. وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على قدر معين فلا يستحق المشتري الزيادة عليه والقدر ليس بوصف حتى يتبع الأصل. وإن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك. وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع. والأصل أن الذراع فيما يذرع يشبه الأوصاف. إذ الاسم لا يتغير بزيادة الذراع ونقصانه بل يتغير وصفه. فيصير أطول أو أقصر والطول والقصر من الأوصاف فإن زاد سلم للمشتري لأن الصفة تابعة فتستحق باستحقاق المتبوع كما إذا باع عبدا على أنه معيب فإذا هو سليم وإن نقص فقد فات الوصف المرغوب فيختل رضاه فيتخير كما لو اشتراه سليما فوجده معيبا. ولا يحط شيئا من الثمن لأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن كما لو تلف طرف المبيع تخير المشتري ولا يسقط شيء من الثمن بخلاف مسألة الصبرة لأن القدر يقابله شيء من الثمن لأنه أصل وليس بوصف. والفاصل بين القدر والصفة أن ما يكون وجوده جهة في تقوم غيره وعدمه جهة في نقصان غيره فهو وصف والأصل ما لا يكون كذلك. ثم إذا انتقص قفيز من مائة قفيز لا تتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان يحصه مع القفيز الواحد. والبدو والعين تنتقص قيمة العين وكذا الذراع الواحد من الثوب أو الدار إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشترى معه. فإن العتابي إذا كان خمسة عشر [illegible] يشترى بخمسة عشر دينارا فإذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشترى الباقي بعشرة دنانير

ولو قال بعتكه على أنه مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجده ناقصا فالمشتري
بالخيار إن شاء أخذه بحصته من الثمن وإن شاء ترك لأن الذرع وصف من وجه
لما مر وأصل من وجه لأنه عين ينتفع به بانفراده فعملنا بالشبهين في الحالين
فقلنا إذا قابل كل ذراع بدرهم كان أصلا لأن مقابلة الثمن من خواص كونه
أصلا إذ الثمن لا يقابل الأوصاف ونزل كل ذراع منزلة ثوب ولو قلنا بأنه يأخذه بكل
الثمن إذا وجده ناقصا لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وقد نص على أن يكون كل
ذراع بدرهم وإذا لم يقابل كل ذراع بدرهم اعتبر وصفا فلا يقابله شيء من الثمن وإنما
يتخير لأنه إن قل الثمن فقد انتقص المبيع فكان نقصا يشوبه ضرر وإن وجده زائدا
فله الخيار إن شاء أخذ الكل كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لأنه نفع يشوبه
ضرر لأنه إن أراد المبيع تلزمه زيادة الثمن فيتخير فإن قيل الذرع لو كان أصلا
بتفريده بذكر الثمن يجب أن لا تدخل الزيادة في العقد كما في مسألة الصبرة
قلنا الزيادة لو لم تدخل في العقد لفسد العقد لأنه يصير بائعا بعض الثوب وأنه
لا يجوز بخلاف الصبرة لأن الزيادة ثمة لو لم تدخل في العقد لا يفسد العقد
ولو باع عدلا على أنه عشرة أثواب فنقص ثوب أو زاد ثوب فسد البيع أما في فصل
النقصان فلجهالة الثمن لأنه يحط ثمن ثوب واحد وثمن ثوب واحد مجهول لأنه
إذا لم يسم لكل ثوب ثمنا فالثمن إنما ينقسم على الثياب باعتبار القيمة ولا يدرى
قيمة الغائب بيقين إذ لا يدرى أنه كان جيدا أو وسطا أو رديا حتى يطرح عن
المشتري قيمته فإذا صارت حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة
وهذا لأنا لو صورنا الغائب جيدا ينتقص حصة الباقي ولو صورناه رديا
يزيد حصة الباقي فوضح أن ثمن التسعة مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع
وأما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لأن المبيع عشرة من أحد عشر إذ الزائد على العشرة
لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من أحد عشر فاسد للجهالة المفضية إلى النزاع وهذا
لأنه يجب رد الزائد على البائع ولا يدرى أي ثوب يرد على البائع الجيد أم الردي
فالبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع ولو
بين لكل ثوب ثمنا بأن قال كل ثوب بعشرة فإن نقص صح بقدره لأن المبيع معلوم
فإنه مشار إليه والثمن معلوم أيضا لأنه متى سمى لكل ثوب عشرة كانت حصة
الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة بخلاف ما إذا لم
يسم ثمنا لأن حصة الغائب لا تعلم أنه عشرة أم تسعة أم أحد عشر فجهالته تؤثر
في جهالة الباقي وله الخيار إن شاء أخذ كل ثوب بما سمى وإن شاء ترك لأنه ربما
يكون الباقي رديا والغائب جيدا والمشتري إنما رغب في الردي لمكان الجيد
فيتضرر بتفريق الصفقة قبل التمام فيتخير دفعا للضرر عنه وإن زاد فسد لأن

العقد

العقد تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع
مجهولا وأكثر مشايخنا رحمهم الله على أن الجواز في فصل النقصان قولهما أما عند
أبي حنيفة رحمه الله فالعقد فاسد لأن العقد فسد في البعض بفساد مقارن وهو
عدم المعقود عليه إذ لا سبب للفساد أقوى من عدم المعقود عليه والعقد متى فسد
بفساد مقارن للعقد يفسد عنده في الباقي كما لو جمع بين حر وعبد أو اشترى
ثوبين على أنهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فوجد أحدهما مرويا فإن
العقد يفسد عنده فيهما والعقد متى فسد في الكل إذا وجد أحدهما خلاف
جنس الآخر ما سمى فلأن يفسد هنا ولم يوجد أحد ما سمى أصلا أولى قال شمس
الأئمة السرخسي رحمه الله الأصح أن هذا قولهم لأنه إنما فسد العقد في الكل
ثمة لوجود العلة المفسدة وهي أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا
لقبوله في الآخر ولم يوجد هنا لأنه ما جعل قبول العقد في المعدوم شرطا
لقبوله في الموجود ولا قصد إيراد العقد على المعدوم وإنما قصد إيراده على الموجود
فقط ولكنه غلط في القدر بخلاف مسألة الهرويين لأنه جعل ثمة قبول العقد
في كل واحد من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وكذا
في مسألة الحر لأنه شخص موجود بتحقيق الإضافة إليه والقبول فيه فيصير ذلك
شرطا فاسدا ولا كذلك هنا إذ لا قبول يشترط في المعدوم ولو باع عشرة
أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فسد البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا
لهما ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار صح إجماعا لهما أن عشرة أذرع
من مائة ذراع من الدار عشرها كعشرة أسهم من مائة سهم وبيع عشر الدار جائز
اتفاقا وله أن المبيع مجهول جهالة تفضي إلى النزاع فيفسد العقد وهذا
لأن الذراع حقيقة اسم لخشبة يذرع بها الممسوح واستعير لما يحله وما يحله غير
الخشبة يحل العين لا الشائع فكان الداخل تحت العقد موضعا معينا ولم
يتبين ذلك الموضع أنه من مقدم الدار أو من مؤخرها وجوانبها تتفاوت قيمة
فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية إلى النزاع فيفسد كبيع بيت من
بيوت الدار بخلاف السهم لأنه اسم لجزء شائع لا لموضع معين وبيع الشائع
جائز بخلاف بيع قفيز من الصبرة حيث يجوز وإن كان القفيز اسما للوعاء واستعير
لما يحويه وهو معين لأن ذا لا يفضي إلى النزاع لعدم التفاوت بخلاف ما نحن فيه
ومما يوضح الفرق بين السهم والذراع أن ذراعا من مائة ذراع وذراعا من عشرة
أذرع سواء وسهما من عشرة أسهم لا يوازي سهما من مائة سهم وذكر الخصاف
رحمه الله أن فساد البيع عنده بجهالة جملة الذرعان حتى لو علم جملة الذرعان يجوز عنده
وجعل المسألة نظير بيع كل شاة من القطيع بعشرة وذكر أبو زيد الشروطي وغيره

رحمهم الله انه فاسد عنده وان علمه زال الجهالة وهو الصحيح لبقاء الجهالة فالمشتري يطالبه من مقدم الدار والبايع يسلم من مؤخرها فيؤدي الى النزاع • ولو باع ثوبا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فوجده عشرة ونصفا او تسعة ونصفا فعند ابي حنيفة رحمه الله ان وجده عشرة ونصفا اخذه بعشرة وسلم له نصف ذراع مجانا بلا خيار • وان وجده تسعة ونصفا اخذه بتسعة ان شاء • وعند ابي يوسف رحمه الله ان وجده عشرة ونصفا اخذه باحد عشر ان شاء • وان وجده تسعة ونصفا اخذه بعشرة ان شاء • وقال محمد رحمه الله ان وجده عشرة ونصفا اخذه بعشرة ونصف ان شاء وان وجده عشرة ونصفا اخذه بتسعة ونصف ان شاء • فالخيار فيما قلنا للزوم زيادة الثمن او لنقصان المبيع • لمحمد رحمه الله ان من ضرورة مقابلة كل درهم بذراع مقابلة نصف درهم بنصف ذراع • ولابي يوسف رحمه الله انه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على انه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شيء من الثمن ولكن يخير كذا هنا والصحيح قول ابي حنيفة رحمه الله لان الذراع وما دونها في حكم الصفة لما مر وانما صارت اصلا قضية لمقابلة الثمن والمقابلة مقيدة بالكمال بالذراع فبقي ما وراها على قضية الصفة وصارت زيادة نصف ذراع كزيادة نصف الجودة فسلم له بلا شيء وصار نقصان نصف ذراع كتسعة اذرع فتخير • وقيل هذا في العمايم ونحوها • اما اذا اشترى كرباسا لا تتفاوت جوانبه كالبطاين على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو احد عشر لا يسلم له الزيادة • لانه لا يتعيب بالتبعيض فصار كالمكيل والموزون وعلى هذا اذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يبين موضعه يجوز كما لو باع قفيزا من الصبرة

فصل فيما يدخل تحت البيع بلا ذكر وفيما لا يدخل وغيرهما

ومن باع دارا دخل بناؤها ومفاتيح اغلاقها في البيع • والاصل ان العرصة اصل في الدار لان قرار البنا عليها • وانما دخل البنا وما كان متصلا بالبنا في بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البنا بالعرصة اتصال قرار • وما لا يكون متصلا بالبنا لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر الا اذا كان شيئا جرى العرف بين الناس ان البايع يسامح به ولا يظن فحينئذ يدخل بلا ذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا • لانه غير متصل بالبنا فصار كثوب موضوع في الدار • وفي الاستحسان يدخل للعرف اذ البايع لا يمنعه عن المشتري بل يسلمه مع الدار عرفا • والقفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو من خشب وغير المتصل لا يدخل • والسرير كالسلم • وقوله في الهداية الدار يتناول العرصة والبنا في العرف مشكل • اذ لو كان كذلك لما حنث فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار ودخلها بعد ما صارت صحراء • وحنث حيث دل انها لا تتناول البنا عرفا • ويجاب بان البنا بمنزلة الصفة وهي في المعين

لغو

لغو اذا لم تكن داعية الى اليمين فان كانت داعية الى اليمين تعتبر • الا ترى ان من حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث • وقد اعتبرت هذه الصفة في المعين لان صفة الرطوبة داعية الى اليمين فقد يضر اكل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة • ولو حلف لا يكلم هذا الصبي لم يتقيد بزمان صباه • لان صفة الصبي غير داعية الى اليمين لان هجران الصبي مهجور شرعا فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة وصفة البنا غير داعية الى المنع من الدخول فيها باليمين فتعلق اليمين بالاسم وهو باق بعد الانهدام فيحنث بعده • وصفة البنا داعية الى الشراء • لان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى بلا بناء فيدخل البنا في الشرا عرفا ومن باع ارضا دخل ما فيها من الشجر وان لم يسمه لاتصاله بالارض للقرار كالبنا ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لان الزرع مودع في الارض لا للقرار واتصاله بعرض الفصل فصار كالمتاع الذي فيها بخلاف الحمل فانه جزء الجارية فيدخل وان كان بعرض الفصل • وكذا الثمر لا يدخل في بيع الشجر الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من ابتاع ارضا فيها نخل فثمرته للبايع الا ان يشترط المبتاع والقياس ان يدخل الزرع والثمر لان الزرع متصل بالارض اتصال قوام وكذا الثمر متصل بالشجر اتصال قوام فكانا كالشجر مع الارض ولا يدخلان استحسانا لان لقطعهما غاية معلومة فصارا في الحكم كالمقطوع بخلاف الشجر والبناء لانه ليس غاية معلومة للقطع والقلع حتى قال بعض مشايخنا رحمهم الله لا يدخل وراء الخلاف في بيع الارض لما ذكرنا • وقيل يدخل لان نهايتها تتفاوت بتفاوت الاراضي فصارت كالاشجار المثمرة • ويقال للبايع اقطعها وسلم المبيع • وكذا اذا كان فيها زرع يؤمر بالحصاد والتسليم • وعند الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب التسليم المعتاد وما جرت العادة بحصاد الزرع قبل استحصاده • وبقطاف الثمر قبل بدو صلاحها فصار كما لو مضت مدة الاجارة وفي الارض زرع • ولنا ان التسليم واجب ولا يتمكن من التسليم الا بالتفريغ ولا تفريغ الا بالحصاد والقطاف فيلزمانه فصار كما لو كان في الارض متاع البايع • وثم التسليم واجب حتى يترك باجر وتسليم البدل كتسليم المبدل • وسواء كان الثمر حال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبايع • وقيل من اشترى شجرا وعليه ثمر لا قيمة له فهو للمشتري لان بيعه لو قصد بيعه على الانفراد لا يجوز • قلنا بيعه على الانفراد يصح في الصحيح فلا يدخل في بيع الشجر بلا ذكر • وذكر القدوري والاسبيجابي رحمهما الله ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض بلا ذكر اذا لم ينبت بعد او نبت وصار له قيمة • اما اذا نبت ولم تصر له قيمة بعد لا يدخل • وقيل يدخل

هنا ايضا وهذا الاختلاف بناء على جواز بيعه قبل ان تناله المناجل والمساقي فعند
من يجوز بيعه لا يدخل وعند من لا يجوزه يدخل • وان ذكر في البيع الحقوق
والمرافق لا يدخل الزرع والثمر لانهما ليسا من الحقوق والمرافق • وان قال بعت
بكل قليل او كثير هو منها او فيها ان قال في آخرها من حقوقها او قال من مرافقها
فالثمر والزرع لم يدخلا لما بينا • وان لم يقل في آخرها من حقوقها او من مرافقها
دخلا في البيع لانهما من القليل والكثير الذي هو فيها او منها للاتصال في الحال
ولا يدخل الثمر المجذوذ والزرع المحصود الا بالذكر لانهما كالمتاع المودع في الارض
رجل له ارض بيضاء ولآخر فيها نخل فباعهما رب الارض باذن الآخر بالف وقيمة كل
واحد منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه • فان هلك النخل قبل القبض
بآفة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض بكل الثمن لان المشتري ملك
النخل وصفا وتبعا اذ الايجاب في حقه واحد ودخول النخل في هذا الايجاب
بتسمية الارض فكانت كالوصف في حقه والثمن بمقابلة الاصل لا الوصف فلهذا
لا يسقط شيء من الثمن والثمن كله لرب الارض لانتقاض البيع في حق النخل ولم يسلم
للمشتري الا الارض والثمن بمقابلة ما سلم للمشتري دون ما فات • وان هلك نصف النخل
فلرب النخل ربعه وثلثة ارباع الثمن لرب الارض لانه لو هلك كله لا شيء له من الثمن
ولو بقي كله له نصف الثمن فلو هلك النصف وبقي النصف سقط نصف الثمن وبقي
النصف • ولو اثمر النخل ما يساوي خمسمائة فثلثا الثمن لرب النخل وثلثه لرب الارض
وعند ابي يوسف رحمه الله نصفه لرب الارض لان الثمر تبع للارض عندهما •
كالنخل اذ النخل تبع ولا تبع للتبع فينقسم الثمن على الكل اثلاثا • وعنده الثمر تبع النخل
فينقسم الثمن اولا على الارض والنخل نصفين لاستوائهما قيمتهما فما اصاب النخل يقسم
بينها وبين الثمر نصفين • فان اكل البايع الثمر سقط ثلث الثمن عندهما وعنده
ربعه لما بينا • فان باع الارض والنخل وسمى لكل واحد ثمنا والارض والنخل
لواحد او لرجلين ثم هلك النخل سقط نصف الثمن لان النخل اصل من وجه لبقاء
المالية وللانتفاع بعد القلع ووصف من وجه لقيامها بالارض • فاذا لم يسم لها ثمنا
تكون تبعا حتى لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته • واذا سمي لها ثمنا صارت اصلا • فاذا
هلكت هلكت بحصتها من الثمن • ولم يرد بلا عار اي لو لم يهلك النخل ولكنها
اثمرت قبل القبض ثمرا يساوي خمسمائة فالارض بخمسمائة والنخل والثمر بخمسمائة
عندهم لان الثمر هنا زيادة في النخل لا في الارض عندهم لان النخل صار اصلا
بالتسمية فصار كانه اشترى امتين بالف وقيمة كل واحدة خمسمائة فولدت احداهما
قبل القبض ولدا قيمته خمسمائة تكون خمسمائة من الثمن بازاء امة لم تلد وخمسمائة بازاء
الوالدة وولدها كذا هنا • ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا صح البيع • اعلم

ان بيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقا • وان باعها بعد ان تصير منتفعا بها يصح لانه باع
مالا منتفعا به وان باعها قبل ان تصير منتفعا بها بان لم تصلح لتناول بني آدم وعلف
الدواب فالصحيح انه يصح لانه ان لم يكن منتفعا به في الحال فهو بعرض ان يصير منتفعا
به في المآل بواسطة الترك وهو كاف لصحة البيع كما في بيع الجحش والمهر • وقيل
لا يصح لانه مستحق القطع اذ لا يصح البيع بشرط الترك ومستحق القطع كالمقطوع
فلم يكن منتفعا به حالا ومآلا فلم يصح • وقال الشافعي رحمه الله يصح بيع
الثمرة بعد ما صارت منتفعا بها قبل الادراك لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع
الثمرة قبل ان تزهي وفسره بالاحمرار والاصفرار • ولنا العمومات بلا تقييد
والنهي لمعنى في غيره • فانه لو اشتراه بشرط القطع صح اجماعا • وهو انه اذا اشتراه
بشرط ان يتركه عليه الى ان يدرك فربما لا يفعل فيندم فيؤدي الى النزاع والنهي
لمعنى في غيره لا يوجب الفساد اجماعا • وعلى المشتري قطعها في الحال ليفرغ ملك
البايع هذا اذا باع مطلقا او بشرط القطع • فان باع بشرط الترك على النخل فسد
البيع لانه صفقة في صفقة وهي اجارة في بيع او اعارة في بيع • وهذا لانه ان كان
بمقابلة منفعة الترك بعض الثمن فهو اجارة مشروطة في البيع وان لم تكن بمقابلتها
شيء من الثمن فهو اعارة مشروطة في البيع • وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما
بينا • وهذا اذا لم يتناه عظمها فان تناهى عظمها فباعها مطلقا او بشرط القطع
صح وان باع بشرط الترك لم يصح قياسا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله •
وصح استحسانا عند محمد رحمه الله لانه شرط متعارف • بخلاف ما اذا لم يتناه
عظمها لان الثمار على رؤوس الاشجار تزيد وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البايع
اعني الارض والشجر فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشتراهما فيفسد العقد ولهما
انه بيع بشرط فيه ما لا يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة ومثله يفسد
العقد • وهذا لانه تحصل في المبيع زيادة جودة وطراوة وللمشتري فيه نفع
والمعتاد الترك بلا شرط لا بشرط الترك • وفي الاسرار ذكر ان الفتوى على قوله
ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب انه لا يصح عندنا
خلافا لمالك رحمه الله • وكان شمس الائمة الحلواني والفضلي رحمهما الله يفتيان بالجواز
في الثمار والباذنجان والبطيخ وغير ذلك ويجعلان الموجود اصلا في العقد وما يحدث
بعده تبعا استحسانا لتعامل الناس • وقد روي عن محمد رحمه الله في بيع الورد على
الاشجار انه يجوز ومعلوم ان الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والاصح
انه لا يجوز كذا في المبسوط لانه جمع في العقد بين المعدوم والموجود والمعدوم
لا يقبل البيع وحصة الموجود غير معلومة وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند
تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا • اما في الباذنجان والبطيخ فلانه يمكنه ان يبيع

أصولهما حتى يكون الحادث على ملك المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار أيضًا لأنه يمكنه
أن يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي إلى وقت وجوده فلا ضرورة
إلى تجويز العقد في المعدوم • ولو اشتراها مطلقًا وتركها بإذن البائع طاب له
الفضل لأن البائع أعاره له النخل فلا يتمكن خبث فيما حصل له من الزيادة • وإن
تركها بلا إذنه وزاد ذاتا تصدق بما زاد في ذاته لحصول الزيادة بمعنى من الشجر
بلا إذن من المالك فلا يطيب له • وإن تركها بعد ما تناها لم يتصدق بشيء لأنه
زاد جودة لتغير الطعم واللون وذا من أثر الشمس والقمر لا ذاتا • وإن باع مطلقًا وتركها
على النخيل واستأجر النخيل مدة معلومة بطلت الإجارة لعدم التعامل كمن استأجر نخلا
ليجفف عليه الثياب وطاب له الفضل لأنه بالإذن • ولو اشترى الزرع واستأجر
الأرض إلى أن يستحصد وتركه فسدت الإجارة لجهالة المدة فقد يتقدم الإدراك
إذا تعجل الحر وقد يتأخر إذا طال البرد ولم يطب الفضل للخبث • والحاصل أن الإذن
في الإجارة الباطلة صار أصلًا إذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والمعدوم لا يصلح
متضمنًا فصار الإذن مقصودًا ولا كذلك في الإجارة الفاسدة • لأن الفاسد
ما كان موجودًا بأصله فائتًا بوصفه فأمكن جعله متضمنًا للإذن وفساد المتضمن
يقتضي فساد ما في التضمين فيفسد الإذن فيتمكن الخبث • ولو اشترى الثمر على الشجر مطلقًا
فأثمر ثمرًا آخر فإن حلله البائع صح • ولو اختلط الحادث بالموجود فإن كان يعرف
الحادث فالعقد صحيح بحاله وإن كان لا يعرف فإن كان قبل التخلية فسد البيع لأنه
تعذر التسليم بسبب الاختلاط فيعتبر بما لو تعذر بسبب الهلاك وإن كان بعد
التخلية لا يفسد العقد لأن تمام العقد بالتسليم وقد وجد فانتهى نهايته فلا يفسد
بالاختلاط ولكنهما اشتركا فيه لاختلاط ملك أحدهما بالآخر والقول للمشتري
في قدره لكونه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ • والمخلص منه أن يشتري أصولها
حتى يتولد الحادث على ملكه • وإذا اشترى عنب كرم على أنه ألف منّ فخرج قدره
تسعمائة فللمشتري أن يطالب البائع بحصة مائة منّ من الثمن لأن البيع بقدر مائة منّ
لم يصح للعدم وصح بقدر تسعمائة منّ فيطالب البائع بحصة ما لم يصح البيع ولا يطالبه
بحصة ما صح البيع فيه • وقيل قياس قول أبي حنيفة يفسد البيع في الباقي • لأن
الأصل عنده العقد إذا فسد في البعض بفساد مقارن للعقد يفسد العقد في الباقي
وكان شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يقول بأن العقد فيما وجد صحيح عند الكل
لما مر في مسألة العدل • وصح في ظاهر الرواية أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالا
معلومة وهو قول مالك رحمه الله لأن الأصل أن ما جاز إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه
من العقد كما لو استثنى عضوًا من الشاة ونحوه • وهذا لأن الاستثناء إخراج بعض
ما يتناوله الكلام في حق الحكم فإنما يصح في محل يمكن إثبات حكم الكلام فيه مقصودًا •

وبيع

وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه وبيع الحمل وأطراف الحيوان لا يجوز فكذا
استثناؤه • وهذا لأن الحكم فيه يثبت بعلة الأصل فلا يستقيم استخراجه عن العقد ودليل
الموجب في حقه قائم • وفي رواية الحسن والطحاوي رحمهما الله لا يصح استثناء أرطال
معلومة لجهالة ما بقي بعد الاستثناء وهي تفضي إلى النزاع هنا • إذ المشتري يطالب
بالأجود والبائع يسلم الأردأ • على أنه يحتمل أن الموجود ليس إلا هذه الأرطال المستثناة
بخلاف ما إذا استثنى نخلا معينًا لأن الباقي معلوم عيانًا • وصح بيع البر في سنبله
والباقلاء في قشره وكذا الأرز والسمسم • وقال الشافعي رحمه الله لا يصح بيع
الباقلاء الأخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الأول • وله في بيع السنبلة
قولان • وعندنا يصح ذلك كله • له أن المبيع مستور بشيء لا منفعة له فصار
كتراب الصاغة أي كبيع تراب الفضة بتراب الفضة أو بالفضة وتراب الذهب
بتراب الذهب أو بالذهب • ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهى
وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة • وحكم ما بعد الغاية يخالف ما
قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود الغاية وعنده لا يجوز حتى يخرج من
قشره الأول • ولأنه مال متقوم فيصح بيعه في سنبله كالشعير • بخلاف تلك
المسألة لأن عدم جوازه بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باع تراب الذهب
بتراب الفضة أو بالفضة صح • وهنا لو باعه بجنسه لا يصح أيضًا إذ لا يعلم قدره
ما في السنابل • وأجرة الكيال والوزان والذراع والعداد إذا باع بشرط الكيل
والوزن والذرع والعد على البائع لأن الكيل والوزن فيما بيع مكايلة وموازنة
من تمام التسليم والتسليم على البائع فما يكون من تمامه يكون عليه • وأجرة نقد الثمن
ووزنه على المشتري • أما النقد ففيه روايتان عن محمد رحمه الله في رواية يكون
على البائع لأن النقد يكون بعد التسليم لأنه يكون بعد الوزن الذي هو من تمام التسليم
والبائع يحتاج إليه لتمييز ما تعلق به حقه عما لم يتعلق به حقه وليعرف المعيب فيرده
وفي رواية على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد
وبه كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله • وأما وزن الثمن فلأنه المحتاج إلى تسليم
الثمن وبالوزن يتحقق التسليم • ومن باع سلعة بثمن حال قيل للمشتري سلم الثمن
أولا فإذا سلم قيل للبائع سلم المبيع لأنه استوى في حقه والمبيع حق المشتري فيكون
حبسه ظلما فيؤمر بالتسليم ليدفع الظلم • وقال الشافعي رحمه الله يتقابضان معًا
لأن هذا عقد معاوضة فيقتضي تسليما بإزاء تسليم وقبضًا بإزاء قبض تحقيقًا
للمساواة كما في بيع العين بالعين والثمن بالثمن • ولنا أن المساواة فيما قلنا لأن
المبيع صار معينًا والثمن لا يتعين بالتعيين وإنما يتعين بالقبض فأمر بالدفع أولا
ليستوي البدلان عينا بعين لا لأن التسليم أولا واجب بعينه • وإن باع سلعة

يسلمه أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في العينية والدينية فالضرورة إلى أمر
أحدهما بتقديم الدفع • واعلم أن البيع نوعان لازم وهو ما لا خيار فيه وقد مر
وغير لازم وهو ما فيه خيار فهو أنواع خيار الشرط والتعيين والرؤية والعيب

باب خيار الشرط والتعيين

خيار الشرط جائز في البيع
للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها • والأصل فيه قوله عليه السلام
لحبان بن منقذ إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر منها
عند أبي حنيفة وزفر والشافعي رحمهم الله • وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
يجوز إذا كانت المدة معلومة طالت أو قصرت لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار شرع دفعا للحاجة والبيع عقد معاينة والمقصود
به الاسترباح وذلك لا يحصل إلا بعد التروي بنفسه وبغيره فلم يجز تقديره بالثلث
مع مساس الحاجة إلى الأكثر لتفاوت الناس في الذكاء • وله أن قضية العقد
اللزوم والإبرام وشرط الخيار ينافيه فكان القياس أن لا يجوز شرط الخيار في البيع
أصلا غير أنا تركنا القياس في الثلاث بما روينا فيقتصر على المدة المذكورة فيه
إذ التقدير الشرعي يمنع الزيادة والنقصان كما في الحدود أو يمنع أحدهما كما في أقل
الحيض وأكثره • وهذا التقدير لا يمنع النقصان إجماعا فيمنع الزيادة وإلا يلزم
إخلاء التقدير عن الفائدة • ولهذا قلنا بأن الشرط داخل على الحكم دون السبب • لأن
البيع لا يحتمل التعليق والخطر لأن ذا يؤدي إلى القمار في الإثباتات والخيار يثبت
بخلاف القياس نظرا فلو دخل على السبب لتعلق حكمه ضرورة ولو دخل على الحكم
لترك سببه فقلنا بأدنى الخطرين إعمالا للقضية الكلية • وهي أن الإثباتات
لا تحتمل التعليق بقدر الإمكان • ولهذا لو حلف لا يبيع فباع بشرط الخيار يحنث
ولو حلف لا يطلق فعلق الطلاق بالشرط لا يحنث • وفي الأثر بيان أنه أجاز الخيار
وليس فيه بيان خيار الشرط فلعل المراد خيار العيب أو الرؤية فإنه أجاز الرؤية بعد
شهرين • ولأن جواز شرط الخيار للحاجة إلى التروي لدفع الغبن والحاجة تندفع
بثلاثة أيام ظاهرا لأنها مدة ثابتة لإبلاء الأعذار كما في قصة الأحبار فيما وراءها
لا حاجة فلا يشرع الخيار • فإن شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام أو أبدا حتى فسد
العقد فإن أجاز في الثلاث صح العقد عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله •
لهما أن المفسد هو الشرط وهو يثبت في العقد فلا ينقلب صحيحا بحذفه كالنكاح
بغير شهود لا ينقلب صحيحا بالإشهاد • وله أن المفسد الزائد فقبل تقرره فيصح
العقد كما لو باع جذعا في سقف ثم نزعه وسلمه أو باع بالرقم وأعلمه بالمجلس وهذا
عند أهل العراق من أصحابنا فإن عندهم ينعقد العقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف
الشرط • ولأن المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة • فإذا حذفه قبل اليوم الرابع
فقد

فقد منع اتصال العقد بالمفسد فصار كأن الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع
وأما عند أهل خراسان فعندهم العقد موقوف على إسقاط الشرط فإذا مضى جزء من
اليوم فسد العقد حينئذ وهذا الوجه أوجه وهذا بخلاف النكاح بلا شهود • لأن
الفساد ثمة باعتبار عدم الجواز وذا لا يجوز بالإشهاد • فلو أسقط خيار الأبد بعد الثلاث
صح عندهما لأنه يجوز إلى هذه المدة عندهما • وعنده لا يصح لأن الخيار إلى هذه المدة
لا يجوز عنده • ولو باع عبدا على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما صح
عندنا استحسانا وعند زفر لا يصح قياسا لأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بشرط
عدم النقد • ولو شرط فيه إقالة صحيحة يفسد العقد فإذا شرط فيه إقالة فاسدة أولى
أن يفسد • ولنا أنه في معنى شرط الخيار في المقصود لأنه ثم يكون مخيرا في الأيام
الثلاثة بين الفسخ والإمضاء فشرط الخيار جوز لهذا المقصود • وهذا الشرط لا يحصل
إلا هذا المقصود غير أنه جعل ترك النقد أمارة الفسخ والنقد أمارة الإمضاء كأنه
قال إن شئت أجز العقد فانقد الثمن في ثلاثة أيام وإن شئت افسخه فلا انقد وفي الحاجة
إذ كما يحتاج ثم إلى التروي في المبيع هل يوافقه أم لا يحتاج هنا إلى التأمل في الثمن
هل يصير منقودا أم لا • فإن قيل لو سكت ثم حتى مضت المدة تم البيع • وهنا لو سكت
حتى مضت المدة ينفسخ البيع فأنى يكون في معناه • قلنا الحاجة ماسة إلى انفساخ العقد
متى لم ينقد الثمن ليندفع عنه عدم النقد فكان ملحقا به من حيث الحاجة إلى دفع الغبن
فإن شرطا أربعة أيام لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله كما لا يجوز شرط الخيار
أربعة أيام • وعند محمد رحمه الله يجوز كما يجوز شرط الخيار أربعة أيام • وعند
أبي يوسف رحمه الله لا يجوز الزيادة على ثلاثة أيام كما قال أبو حنيفة رحمه الله • لأن
القياس في شرط الخيار ما قاله أبو حنيفة رحمه الله • وإنما تركناه بأثر ابن عمر رضي الله
عنهما ولا أثر هنا فبقي على أصل القياس • فإن نقده في الثلاث صح عندهم لزوال المفسد
وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • له
الاعتبار بخيار العيب • ولنا أن العين لا تخرج عن ملكه بطريق التجارة إلا بعد
تمام رضاه به • وباشتراط الخيار فات رضاه به والسبب بدون الشرط لا يعمل في الحكم
ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع • فلو قبضه
المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة خلافا لابن أبي ليلى • له أنه أمين
فيه لأنه قبضه بإذن مالكه فلا يضمن • ولنا أنه هلك على ملك البائع فينفسخ العقد
ضرورة إذ لا فائدة في بقاء العقد غير منعقد في حق الملك ولا وجه إلى تنفيذ الحكم
إذ لا نفاذ بلا محل والهالك غير قابل له • وببطلان العقد لا تبطل المساومة والمقبوض
على سوم الشراء مضمون بالقيمة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم • ولأن المالك لم يرض
بقبض ماله مجانا وإنما رضي على وجه يقابل بالضمان فلا يجوز إخلاؤه عن الضمان والضمان

الأصلي هو القيمة. وإنما يتحول منها إلى الثمن عند تمام البيع ولم يوجد. ولو هلك في يد
البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كما في البيع البات. وخيار المشتري لا يمنع
خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشتري. والأصل أن الخيار يمنع انعقاد العقد
في حق الحكم أصلا إن كان الخيار لهما. وإن كان الخيار للبائع أو للمشتري يمنع
الانعقاد في جانب الخيار نظرا له لا في جانب من لا خيار له لأن العقد بات
لازم في جانبه حتى لا يتمكن من الفسخ. وإذا كان كذلك فالبدل الذي
من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه والبدل الذي من جانب الآخر يخرج عن ملكه
ولا يدخل في ملك المشروط له الخيار عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يدخل
لأن البيع لازم في جانب من لا خيار له فيتوقف على البدل الذي من جانبه حكم البيع
اللازم وهو الانتقال من ملك أحدهما إلى ملك الآخر. ألا ترى أنه خرج عن ملكه
فلو لم يدخل في ملك صاحبه لبقي مملوكا بلا مالك وهو غير معهود في الشرع. وله
أنه لو دخل العوض في ملكه ولم يخرج المعوض لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد
حكما للمعاوضة مع أنه يحتمل النقل وذا مما لا تقتضيه المعاوضة لأنها تقتضي التقابل
والتساوي خروجا بخروج ودخولا بدخول. ولو دخل في ملكه من غير أن يخرج
البدل الآخر من ملكه لكان مالكا بلا عوض وذا ليس بموجب المعاوضة. بخلاف
عصب المدبر لأنه لا يحتمل النقل. ولأن الخيار شرع نظرا للعاقد لينظر أنه هل
يوافقه فيمضيه أم لا فيرده. ولو ثبت الملك وكان البدل قريبه يعتق عليه
جبرا فيفوت النظر فيعود على موضوعه بالنقض. وجاز أن يوجد دخول بلا خروج
كمتولي الكعبة إذا اشترى عبدا لخدمة الكعبة يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل
في ملك أحد. ولأن هذا زوال موقوف إن انفسخ العقد بان بأنه ليس بزايل وإلا بان
أنه زايل عن ملكه والغير داخل في ملكه فلا يكون سببا لأن السائبة عندهم ما لا يملك
أصلا وهنا سبب الملك ثابت في الحال وحكمه متوقع ولأنه لما تعارض الدليلان بقي ما
كان على ما كان. فإن قبض المشتري وهلك في يده والخيار له هلك بالثمن. وقال الشافعي
رحمه الله يرجع بالقيمة كما لو كان الخيار للبائع وقبضه المشتري وهلك. ولنا أنه
متى أشرف على الهلاك يعد عيبا وذا يمنع رده على البائع لأن الواجب عليه أن يرده
كما قبض وقد عجز عنه فبطل خياره فينبرم العقد وبتأكد الثمن بهلاكه
على ملكه وكذا إن تعيب بفعله أو بفعل أجنبي أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع لأنه
عجز عن رده كما قبض بأي وجه تعيب عنده فسقط خياره. بخلاف ما لو كان
الخيار للبائع لأنه وإن أشرف على الهلاك فخيار البائع لم يسقط لأنه لم يعجز عن التصرف
بحكم الخيار لأنه لو رضي به لتمكن من الاسترداد فإذا هلك هلك على ملكه فينفسخ
العقد ضرورة إذ لو لزم البيع فيه للزم بعد موته وذا لا يجوز لعدم المحل وكان مضمونا

بالقيمة

بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء. ويتبنى على هذا الأصل مسائل منها أنه لو اشترى
زوجته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لم يملكها
باعتبار الخيار. وعندهما يفسد النكاح لأنه ملكها. وإن وطئها له أن يردها عنده
لأن الوطي بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين فأضيف إلى النكاح فلا يمنع الرد بحكم
الخيار. وقالا لا يردها لأن الوطي حصل بحكم ملك الرقبة فيمنع الرد وهذا إذا كانت
ثيبا فإن كانت بكرا امتنع الرد أيضا عنده للنقصان. ومنها أن المشتري بشرط
الخيار للمشتري إن كان ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه عنده لأنه لم يملكه وبقي
خياره. وعندهما يعتق ويبطل خياره. ومنها عتقه لو قال إن ملكت هذا العبد فهو
حر فاشتراه على أنه بالخيار. بخلاف ما لو قال إن اشتريته فهو حر لأنه عند وجود
الشراء كأنه أنشأ العتق إذ المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فلهذا
يعتق عندهم. فإن قيل لو كان كالمنشئ للعتق بعد الشراء لوقع عتق من حلف
بعتقه بالشراء عن الكفارة لو اشتراه ناويا عن الكفارة. قلنا إنا جعلناه كالمنشئ
تصحيحا للجزاء أعني قوله فهو حر. وليس من ضرورة جعله كالمنشئ في حق الجزاء
جعله كالمنشئ في صحة نية الكفارة. ومنها أنه لو اشترى أمة على أنه بالخيار
فحاضت في يد المشتري في مدة الخيار وأجاز المشتري العقد لا يعتد بتلك الحيضة
من الاستبراء عنده وعندهما يعتد بها ولو ردها بحكم الخيار فعنده لا يجب على البائع
استبراء جديد لأنها لم تدخل في ملك غيره. وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض
قياسا واستحسانا. ومنها لو ولدت المشتراة في مدة الخيار بالنكاح لم تصر أم ولد
عنده وبقي خياره وعندهما تصير أم ولد ويبطل خياره. ومنها أن المشتري إذا قبض المبيع
بإذن البائع ثم أودعه عند البائع في مدة الخيار فهلك في يد البائع في مدة الخيار أو بعدها
يهلك على البائع عنده ويبطل البيع لأنه لم يملكه المشتري عنده وقد ارتفع قبضه
بالرد على البائع فهلك المبيع قبل قبضه فيهلك على ملك البائع وعندهما يهلك على المشتري
ويلزمه الثمن لأن المشتري ملكه عندهما فصار مودعا ملك نفسه ويد المودع يد
المودع فصار هلاكه في يد البائع كهلاكه في يد المشتري. ومنها لو كان
المشتري بالخيار عبدا مأذونا فأبرأه البائع عن الثمن في المدة صح الإبراء وبقي خياره
فإن اختار كان المبيع له بلا ثمن وإن فسخ عاد المبيع إلى البائع بلا ثمن لأن عنده لم يملكه
وكان الرد امتناعا عن التملك والمأذون يملكه كما لو وهب له هبة فامتنع عن
القبول. وعندهما بطل خياره لأنه ملكه عندهما وكان الرد بالفسخ منه تمليكا
من البائع بلا بدل وهو تبرع والمأذون لا يملكه. ومنها لو اشترى ذمي من ذمي
خمرا على أن المشتري بالخيار وقبضها ثم أسلم سقط خياره عندهما لأنه ملكها فلا يملك
ردها بعد إسلامه. وعنده يبطل البيع لأنه لا يملكها فلو لم يبطل البيع لتملكها.

عند إسقاط الخيار بحكم العقد بعد إسلامه وذا لا يجوز • ومن شرط له الخيار فله أن
يفسخ في مدة الخيار وله أن يجيز • فإن أجاز بغير حضرة صاحبه صح وإن فسخ لا يصح
إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وقال أبو يوسف والشافعي
رحمهما الله يجوز رده بغير محضر من الآخر والشرط هو العلم وإنما كنى عن العلم بالحضرة
لأنها سبب العلم وسواء كان الخيار للبائع أو للمشتري • لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله
أن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لتمكينه منه بالشرط وما ثبت الشرط
إلا بهما والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف
الوكيل بالبيع إذا باع بغير محضر من الموكل • ولهذا لا يشترط رضى الآخر فكذا
لا يشترط حضوره فاعتبر الفسخ بالإجازة فإنه مخير بين الفسخ والإجازة ثم إن الإجازة
تتم بغير رضى الآخر فكذلك الفسخ • ولهما أنه بالفسخ يلزم غيره حقا فلا يثبت حكم تصرفه
في حقه ما لم يعلم به كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبته لا يثبت حكم عزله في حقه
ما لم يعلم به ألا ترى أن حكم إيجاب الشرع لا يلزم العبد ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه
فحكم إيجاب العبد أحق • وهذا لأن العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ يرتفع الانعقاد
في حق الآخر ولا يخلو عن الضرر • فإنه إذا مضت المدة يظن أن البيع تم بناء على الظاهر
فيتصرف فيه ثم يظهر أنه تصرف في مال غيره فيلحقه الضمان بالهلاك فيما إذا كان
الخيار للبائع وإذا كان الخيار للمشتري فالبائع لا يطلب لسلعته مشتريا آخر بناء على أن
البيع تم بمضي المدة وإذا جاء المشتري بعده وأخبره أنه كان فسخ العقد فلو ثبت حكم
الفسخ في حقه لتضرر به البائع وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري فيتوقف على علمه • ولو
تضرر به المشتري فهو ضرر يلحقه لا من جهة البائع بل بعجزه عن تحصيل شرط صحة الفسخ
وبه فارق الإجازة فإنه لا يلزم الآخر بإجازته شيئا لأن العقد لازم من جانب
المشروط عليه الخيار • وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك
الفسخ ولا تسليط فيما لا يملكه المسلط ولكن إنما تمكن من الفسخ لأن العقد غير لازم
في حقه وبفوات صفة اللزوم فتمكن من الفسخ بلا رضا صاحبه ولكن لا يتمكن من الفسخ
بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات • وهذا بخلاف الوكيل
حيث يتصرف بغير علم الموكل لأنه مسلط على التصرف من جهة الموكل فتسليطه إياه
على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما إذا كان الخيار للبائع فأعتق المبيعة أو دبر أو كاتب
أو رهن أو وطئ أو قبل بشهوة أو وهب أو آجر فإنه ينتقض البيع وإن لم يعلم المشتري لأن
ثبوت الفسخ هنا ضمني لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل إذا أعتق العبد الذي
وكل ببيعه ينعزل الوكيل وإن لم يعلم بخلاف ما لو عزله قصدا • ولو فسخ في حال غيبة
صاحبه فإن بلغه قبل مضي المدة انتقض البيع لحصول العلم به • وإن بلغه بعد مضي المدة
تم البيع لأن تمام المدة دلالة لزوم البيع • فإذا اعترض في حال توقف الفسخ أبطل الفسخ •

وتم

وتم العقد بموت من له الخيار وبطل خياره • وقال مالك رحمه الله ينفسخ العقد لأنه وجد
مع الخيار وتعذر إتمامه كذلك فينفسخ • ولنا أن المانع من لزوم العقد الخيار وقد بطل
فيلزم العقد ولا ينتقل إلى ورثته • وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه ويقوم وارث
من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار • وأجمعوا على أنه لو مات من عليه الخيار يبقى الخيار
له أنه حق لازم حتى لا يملك من عليه إبطاله لأنه ثبت في البيع فيورث كملك المبيع والثمن
وحق الكفالة والرهن وخيار العيب والتعيين • ولنا أن الخيار مشيئته في رده فإن معنى
قولنا فلان بالخيار في كذا أي المشيئة إليه إن شاء فعل وإن شاء لم يفعل ومشيئته صفته
لا تزايله فلا تحتمل الانتقال فلا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده والعقد لا ينتقل
إلى الوارث لأنه إنما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى وتلاشى فلا يتصور انتقاله
إلى الوارث وخيار العيب لا يورث فإن الخيار الذي كان للميت بطل بموته وإنما يثبت له خيار
مبتدأ للوارث بما يوجب الخيار له وهو ملك المبيع سليما عن العيب كما أوجبه العقد للميت
سليما عن العيب فيجب للوارث بهذا الوصف • ولما استحقه سليما عن العيب استحق مطالبة
البائع بالتسليم سليما • ألا ترى أن الخيار قد يثبت للوارث ابتداء وإن لم يكن ثابتا للمورث
بأن تعيب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف الشرط
فإن السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث فلا يمكن التوريث فيه وخيار التعيين
الثابت بالشرط لا يورث ويسقط ولكنه ورث المبيع مجهولا مختلطا بملك الغير فيثبت
له خيار التعيين ابتداء كمن اختلط ماله بمال رجل ثبت له خيار التعيين • ومضي المدة
أي إذا مضت مدة الخيار تم البيع خلافا لمالك رحمه الله • له أن الخيار مشروط للإجازة
فإذا مضت فاتت فبطل العقد وعندنا المشروط الفسخ فإذا مضت المدة يفسخ ولم
تم العقد • والإعتاق وتوابعه أي لو أعتق المشتري أو دبر أو كاتب فالخيار له
تم العقد لأن هذه التصرفات دليل التملك • والأخذ بالشفعة • أي لو اشترى دارا على أنه
بالخيار ثلاثة أيام فباع رجل دارا بجنبها فأخذها المشتري بشفعته صح أخذه وكان
أخذه بالشفعة رضا بالبيع • فإن قيل ينبغي أن لا تجب الشفعة عند أبي حنيفة
رحمه الله لأن المشتري لم يملك الدار المشتراة عنده كما لا تثبت له الشفعة إذا
كان الخيار للبائع • قلنا طلب الشفعة من المشتري دليل على اختياره الملك في الدار
المشتراة لأن الأخذ بالشفعة لدفع ضرر الجوار وذا باستدامة الملك فتضمن
ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك للمشتري في الدار المشتراة من وقت الشراء •
فظهر أن الجوار كان سابقا فلهذا وجبت الشفعة وصار رضى بالبيع • ومسه بشهوة
ومسها • أي لو مس المشتري المشتراة بشهوة أو مسته بشهوة سقط خياره وتم البيع
لأن مسه لا يحل إلا بالملك فإقدامه عليه دليل الرضى بتقرر ملكه فيها كوطئها
وكذا مسها يوجب حرمة المصاهرة فيتعيب بتعيب لم يكن عند البائع

لانها كانت تحل لابن المشتري وابنه والان لا • وعند محمد رحمه الله لا يبطل خياره لانه
لم يوجد من المشتري ما يدل على الرضى ببطلانه • واذا شرط احد المتبايعين الخيار لغيره
صح استحسانا وعند زفر يفسد العقد وهو القياس لان الخيار اذا شرط صار حكما من احكام
العقد وحقا من حقوقه فاشتراطه لغير العاقد خلاف ما يقتضيه العقد فيفسد كشرط
عقد الملك لغير العاقد في الثمن او المبيع • ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يصح اصالة عن العاقد
فوجب تقديم الخيار للعاقد مقتضى صحته ثم يجعل غير العاقد نائبا عن العاقد تصحيحا
لتصرفه لان اشتراط ما يجب بالعقد لغير العاقد يجوز بحكم النيابة وان لم يصح اصالة
فيصح من هذا الوجه • وزفر رحمه الله لا يرى تقديم الزيادة اقتضاء كما اختلفوا فيمن
قال لاخر اعتق عبدك عني بالف فاعتق فان الامر يصير مشتريا منه اولا ثم موكلا اياه
بالعتق عندنا تصحيحا للامر فهذه فرع تلك • واذا صح ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار
وايهما اجاز او نقض صح لان كل واحد يملك التصرف اما المشتري فبالاصالة واما
البائع فبالنيابة • فان اجاز احدهما ونقض الاخر فالسابق منهما احق ردا كان او اجازة
لان برد السابق منهما انفسخ العقد والمفسوخ لا يجاز وباجازة السابق منهما انبرم العقد
وبعد انبرام العقد لا ينفرد احد العاقدين بفسخه • وان كان الامران معا فالفسخ
احق في رواية المأذون • وقال في بيوع الاصل تصرف المالك اولى نقضا كان او اجازة
لان الصادر عن نيابة لا يصلح معارضا للصادر عن اصالة • الا ترى انه لا يقدر على منعه
قصدا فلا يصلح ما يقابله لانه تصرف فيه وتصرف النائب يعارضه تصرف الاصل • الا
ترى انه يقدر على منعه قصدا فيصلح ما يقابله لانه التصرف لان الحاجة الى النائب
عند امتناع المنوب عن التصرف بنفسه فاذا تصرف بنفسه فاتت الحاجة فاذا تصرف
احدهما اولا لم يقارنه ما يعارضه وتصرف الاخر قارنه ما يعارضه فكان الخالي
عن المعارض اقوى فكان اولى • وهو اصلح ان يعمل بهما لما تعذر اداء العقد الواحد
لا يكون مفسوخا ومجازا وجب العمل بالراجح منهما ولا يمكن الترجيح بحال العاقد لان
كل واحد منهما مالك للتصرف فرجحنا بحال التصرف فقلنا الفسخ اولى لانه اقوى اذ الاجازة
لا ترد على الفسخ فالمفسوخ لا يجاز والفسخ يرد على الاجازة فالمجاز يفسخ فاذا
اجتمعا كان الفسخ اولى كنكاح الحرة مع نكاح الامة اذا اجتمعا كان نكاح الحرة
اولى بالجواز لانه يرد على نكاح الامة ونكاح الامة لا يرد على نكاح الحرة لان الاحتياط
فيه فالفسخ يوجب الحرمة على المشتري والاجازة توجب الاباحة والمحرم راجح على
المبيح • فان قيل هذا اعتبار جانب المشتري فاعتبار جانب البائع يوجب رجحان
الاجازة لانها توجب الحرمة في حقه والفسخ يوجب الاباحة في حقه • قلنا مراعاة
جانب المشتري احق لانا نحتاج في جانبه الى اثبات الحل ابتداء لانه لم يكن ثابتا وفي جانب
البائع الى ابقاء الحل لان الحل كان ثابتا له وبالفسخ يعود اليه قديم ملكه والبقاء
اسهل

اسهل من الابتداء • وقيل ما ذكر في المأذون قول الشافعي وابي يوسف رحمهما الله لانه لا تقدم لولاية
الملك بل يستوي بينهما • وما ذكر في البيوع قول محمد رحمه الله لانه تقدم ولاية الملك
على ولاية النيابة واصله ان الوكيل ببيع العبد اذا باعه من انسان وباعه الموكل من غيره
وخرج الكلامان معا فبيع الموكل اولى عند محمد رحمه الله وابو يوسف رحمه الله
يعتبرهما فيجعل العبد بينهما نصفان ويخير كل واحد منهما ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن
وان شاء نقض البيع لتفرق الصفقة • ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما
او كان الخيار للمشتري ان فصل الثمن وعين الذي فيه الخيار صح والا لا • والمسألة
على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار • والثاني لا يفصل الثمن
ولا يعين الذي فيه الخيار • والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار • والرابع ان
يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن والبيع جائز في الوجه الاول دون ما عداه اما الجواز
في الوجه الاول فلان المبيع معلوم والثمن معلوم فلا فساد من قبل الجهالة غير انه تعلق
القبول في الذي لا خيار فيه بقبول الاخر ولكنه شرط صحيح لان الذي فيه الخيار داخل
في العقد وان لم يدخل في الحكم • واذا دخل في العقد صار قبوله شرطا صحيحا بمنزلة
المدبر وام الولد بخلاف ما لو اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي لانه
غير داخل في العقد اصلا • واما الفساد في الوجه الثاني فلجهالة المبيع والثمن لان من فيه
الخيار غير داخل في الحكم فبقي الاخر وحده في الحكم وهو مجهول وثمنه مجهول لانه ثبت بالحصة
بطريق التقسيم عليه وعلى ما لم يدخل في الحكم والحصة مجهولة فصار كبيع احد العبدين
واما الثالث فلان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الاخر وحده وهو مجهول فصار المبيع
مجهولا • واما الرابع فلان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الاخر وحده وثمنه مجهول
لانه يثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد اصلا • فان قيل
أليس انه لو اشترى عبدين بالف واذا احدهما مدبر او مكاتب فان العقد ينعقد صحيحا
في القن وان كان الانعقاد في حق القن بالحصة • قلنا قال بعض مشايخنا على قياس
ما ذكر هنا لا يصح العقد في القن في تلك المسألة فصار ما ذكر هنا رواية في تلك المسألة
وبعضهم فرق ووجهه ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ويجعل العقد كالمعدوم
في حق الحكم فيما شرط فيه الخيار • فلو انعقد العقد في حق الحكم الاخر ينعقد بحصته
ابتداء وذا لا يجوز • وفي المدبر والمكاتب البيع منعقد في حق الحكم اذ لم يوجد
في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا لو قضى بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم
صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد منع الحكم فلا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد
في حق الحكم واذا انعقد العقد في حقهما في حق الحكم كما انعقد في حق القن كان انقسام
الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبدين وهلك
احدهما قبل التسليم فان العقد يبقى في الثاني بحصته من الثمن • ولو اشترى كيليا

أو وزنيًا أو عبدًا واحدًا على أنه بالخيار في نصفه صح فصل الثمن أو لا لأن النصف من الشيء الواحد
لا يتفاوت فقيمته أيضًا لا تتفاوت • فإذا كان ثمن الكل معلومًا كان ثمن النصف أيضًا
معلومًا فالمبيع معلوم والشيوع لا يمنع الجواز والثمن كذلك فجاز البيع بخلاف ما مر • لأن
العبد الواحد من العبدين يتفاوت فقيمته أيضًا تتفاوت فكان حصة كل واحد منهما مجهولًا
فلهذا لم يجز البيع • ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري فإن كان الخيار للمشتري
فله أن يرد النصف الذي شرط له الخيار فيه وإن كان فيه تفريق الصفقة على البائع لأنه رضي
بهذا التفريق حيث أثبت الخيار للمشتري في النصف بخلاف خيار الشرط والعيب للمشتريين
أي إذا اشترى رجلان عبدًا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي
حنيفة رحمه الله • وعندهما له أن يرده • وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية لهما أن إثبات
الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما لأنه شرع لرفع الغبن • وكل واحد منهما محتاج إلى دفع
الغبن عن نفسه ولا يختار من له الخيار الأوفق والأرفق فلو بطل بإبطال الآخر لما حصل هذا
المقصود • وله أن المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما فلا ينفرد أحدهما بالرد ومحقق
الرد يثبت على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد أحدهما نصيبه إضرار بالبائع إذ المبيع خرج
عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رد أحدهما نصيبه لرده معيبًا بعيب
الشركة إذ الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فالبائع لا يتمكن من الانتفاع به إلا بطريق
التهايي وقد كان قبل البيع متمكنًا من الانتفاع به متى شاء والخيار شرع للخيار لا وفق
على وجه لا يلحق الضرر بغيره ومن ضرورة إثبات الخيار لهما الرضى بردهما لتصور اجتماعهما
على الرد وليس من ضرورة الرضى برد أحدهما نصيبه لما فيه من ضرر عيب الشركة نعم
يتضرر الراد في امتناع الرد إلا أنه ضرر يلحقه لعجزه عن تحقيق شرط الرد ولا تصرف
من البائع والبائع يتضرر بتصرف الراد فكان رعاية جانب البائع أحق • ثم في العبدين
إذا كان من فيه الخيار معلومًا وبين ثمن كل واحد حتى جاز البيع والخيار للبائع
أو المشتري فأراد أن يسلم من لا خيار فيه إلى المشتري جبرًا أو أراد المشتري أن يقبض من لا
خيار فيه وينقد ثمنه جبرًا • أو أراد البائع أن يسلم العبدين إلى المشتري أو أراد المشتري
أن يقبضهما وينقد ثمنهما جبرًا لا يصح • لأن حكمه في الأول تفريق الصفقة على المشتري
وفي الثاني على البائع وفي الثالث جبر على قبض ما لم يملكه • وعندهما وإن ملكه إذا
كان الخيار للمشتري ولكن لم يلزمه ثمنه فلا يجبر على قبض ما لم يلزمه ثمنه وفي الرابع جبرًا
على تسليم ما لم يملك ثمنه أو على قبض ثمن لم يملكه • ولو باع عبدًا على أن البائع أو المشتري
بالخيار لا يجبر البائع على تسليم المبيع وإن نقد المشتري الثمن لما مر • وصح إبراء البائع
المشتري عن الثمن والخيار للبائع أو المشتري استحسانًا لأنه أبرأه بعد وجود السبب للوجوب
ولو كان المبيع شيئًا يفسد في مدة الخيار كالسمك الطري والرطب الجني والخيار للمشتري
فالقياس أن لا يجبر المشتري على شيء • وفي الاستحسان يجبر على أن يفسخ أو يقبض ولا ينقد

الثمن

الثمن في الحال لأن المشتري أقلهما ضررًا لأنه قادر على أكله وبيعه قبل أن يفسد والبائع
لا يقدر عليهما وإذا تقابل الضرران يتحمل الأدنى لدفع الأعلى • فإن فسد المبيع في يده سقط
خياره ولزمه الثمن وإن لم يفسد فهو على خياره • رجل قال لآخر هذا العبد لي ولزيد ولبكر
وبعتك كله بغير أمرهما وسلمه نفذ البيع في نصيبه وتوقف في نصيب زيد وبكر
فإن حضرا وفسخا البيع بطل في نصيبهما ولا خيار للمشتري لوقوع البيع متفرقًا لأنه انعقد
نافذًا في نصيب البائع وموقوفًا في نصيب غير البائع فكانت الصفقة متفرقة وكان
راضيًا بالتفرق • ولو كان العبد لزيد وبكر ولم يكن للبائع شيء فباعه من رجل
وأعلمه أنه فضولي فأجاز أحدهما ولم يجز الآخر له الخيار عند أبي يوسف رحمه الله لوقوع
البيع جملة فلم يرض بالتفرق • وعند محمد رحمه الله لا يتخير لأنه لما اشتراه مع علمه أن أحدهما
ينفرد بالإجازة والفسخ صار راضيًا بالتفرق • وكذا لو كان العبد لزيد دون البائع
فقال لرجل بعتكه لعله يجيز فاشتراه فحضر زيد وأجاز في نصفه خير المشتري
لوقوع البيع جملة والظاهر من حال المالك عدم التفريق فلم يرض المشتري بالتفرق •
وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة حتى لو اشترى ثوبين أو ثلاثة على أن يأخذ أيًا
شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام صح ولا يصح في الأربعة • وعند مالك يصح
كما في الثلاثة • وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح في الكل قياسًا لأن المبيع
أحد الثوبين أو الأثواب وهو مجهول متفاوت وجهالة المبيع فيما يتفاوت تمنع صحة
العقد لإفضائها إلى النزاع كشاة من القطيع وثوب من العدل فصار كما لو لم
يشترط الخيار إذ الجواز ثمة للحاجة إلى التأمل والترقي ليختار الأوفق والأرفق
مع أنه يخالف موجب العقد فكذا يحتاج هنا إلى اختيار من يثق به أو من يشتريه
له فربما يشتري شيئًا لعياله ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه إلى السوق والبائع
لا يسمح بدفعه إليه إلا بالضمان بأن يبتاعه ولا يدري الذي يليق بعياله فجوز
البيع على هذا الوجه دفعًا للحاجة والجهالة لا توجب الفساد لعينها بل لإفضائها إلى المنازعة
ولهذا صح بيع قفيز من صبرة مع جهالته لأنها لا تفضي إلى النزاع • فإذا لم يشترط
الخيار للمشتري فالجهالة تفضي إلى النزاع لأن المشتري يطالب بتسليم الأرفع والبائع
يسلم الأدنى فيقعان في النزاع • وإذا شرط الخيار للمشتري فالجهالة لا تفضي إلى النزاع
لأن الأمر صار مفوضًا إلى المشتري فيختار أيًا شاء وورد الحاجة تندفع بالثلاثة
لاشتمالها على الجيد والردي والوسط • وفي الأربعة إن عدم النزاع لم توجد الحاجة
وهذه الرخصة قائمة بالوصفين فلا تقوم بأحدهما • ثم قيل يشترط أن يكون
في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير
وقيل لا يشترط وهو المذكور في المبسوط والجامع الكبير • وذكر خيار الشرط في الجامع
الصغير وقع اتفاقًا لا شرطًا وإذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت

خيار التعيين بالثلاث او بما دونه عند ابي حنيفة رحمه الله وبما شاء العاقدان عندهما • ثم
ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح
لان المشتري في الحقيقة احدهما والاخر امانة • وقوله اشترى ثوبين استعارة ومجاز
لاحتمال ان يكون كل واحد منهما هو المبيع والجواز لاضافة الى الاثنين والمراد احدهما
كقوله عليه السلام اذا سافرتما فاذنا واقيما • ثم اذا جاز البيع على هذا الوجه وقبضهما المشتري
واحدهما مضمون عليه بالثمن والاخر ملك البايع امانة في يد المشتري لان الداخل تحت
العقد احدهما لا كلاهما قبض باذن المالك لا على سوم الشراء والوثيقة فكان امانة
في يده كالمودع بعده • فلو هلك احدهما او تعيب وعجز عن رده بحكم الخيار لفوات الشرط
وهو الرد على الوجه الذي قبض تعين هو مبيعا والاخر امانة فيرد الاخر • ولا يقال اذا طلق
احدى امراتيه ثم ماتت احداهما تعينت الباقية للطلاق • ولو هلكا لزمه نصف ثمن
كل واحد منهما سواء كان الثمن متفقا او مختلفا لان احدهما غير عين مبيع لزمه ثمنه
بالهلاك في يده والاخر امانة والمبيع فيهما غير مضمون عليه وليس احدهما بالتعيين مبيعا
باولى من الاخر فشاع حكم الامانة والمبيع فيهما فيكون هو امينا في نصف كل واحد منهما
مشتريا نصف كل واحد منهما • وان شرط مع ذلك خيار الشرط فلصاحب الخيار ردهما فان
مات من له الخيار لا يكون للورثة ردهما لان خيار الشرط بطل بموت العاقد لانه لا يورث
فلم يبق الا خيار التعيين للاختلاط فللوارث رد احدهما ولا يتوقف في حقه ولذا كان
الخيار للمشتري فان كان الخيار للبايع بان قال البايع بعتك احد هذين الثوبين على
انه بالخيار عين البيع في احدهما دون الاخر والاصح انه يصح كخيار الشرط • وذكر في
المجرد انه لا يصح لان الحاجة مست اليه في جانب المشتري ليختار الاوفق والارفق من
يشتريه لاجله دون البايع لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البايع الى القياس
ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه
بكل الثمن وان شاء ترك لفوات الوصف المرغوب • وموضع تقرير المسئلة في باب خيار
البيع **فصل** الاصل ان تصرف المامور اذا وافق امر الامر نفذ على الامر وان خالف
امره لم ينفذ لان النفاذ بحكم الامر وفيما خالف لم يوجد الامر الا اذا كان خلافا
الى خير وهو من جنس المامور به بان وكله يبيع عبده بالف فباعه بالف ومائة فانه
ينفذ عليه لانه موافقه معنى ولو باعه بمائة دينار ولا ينفذ عليه وان كان خيرا
لانه قد يرغب في احد الجنسين دون الاخر وان كان الخلاف الى خير ان وجد نفاذا
على المامور نفذ عليه كالشراء وان لم يجد نفاذا عليه توقف على اجازة الامر كالبيع
لانه لما خالف صار فضوليا وشراء الفضولي لا يتوقف لامكان النفاذ على المشتري
وبيعه يتوقف • رجل امر اخر بان يبيع عبده ويشترط الخيار للامر فباعه باتا بغير
خيار او بشرط الخيار لنفسه توقف لانه امر ببيع لا يزيل الملك الا برضى الامر وقد

اتى

اتى بخلافه • ولو امره ببيع فاسد فاتى ببيع صحيح نفذ على الامر وعند محمد رحمه الله لا ينفذ عليه
لانه امره ببيع لا يزيل ملكه بنفس العقد وقد اتى ببيع يزيل ملكه بنفسه فصار كالوكيل
بالبيع بشرط الخيار اذا باع بيعا باتا • ولهما انه خالف الى خير لانه امره ان يطعمه حراما وقد
اطعمه حلالا • ولا نسلم انه وكله ببيع لا يزيل الملك بنفسه فالبيع الفاسد قد يزيل الملك
بنفسه بان كان المبيع مقبوضا للمشتري • ولو امتثل بشرط الخيار للامر يثبت الخيار لهما
فايهما اجاز او نقض صح غير ان المامور ان اجاز بطل خياره وبقي الامر على خياره ويكون الباقي
خيار الاجازة حتى لا تتوقت مدة • وكذا لو امره بالبيع مطلقا او بشرط الخيار لنفسه
فباع وشرط الخيار للامر او للاجنبي يثبت الخيار لهما لما مر ان اشتراط الخيار للغير العاقد
اشتراط لنفسه ولو امره بشراء عبد معين بشرط الخيار للامر فاشترى بغير خيار لزم
المامور لانه خالف الى شر وقد وجد نفاذا عليه • بخلاف البيع وهذا لانه امره بعقد
لا يلزم حكمه الا باجازته فاذا اشتراه بغير خيار فقد خالف امره • ولو امتثل وشرط الخيار
للامر ثبت الخيار لهما فايهما نقض او اجاز صح غير انه ان اجاز المامور بطل خياره ولكن
لا يلزم العقد حتى يبقى الامر على خياره لان الامر لم يرض بلزوم العقد باجازة الوكيل
فلو نقض الامر بحضرة البايع بعد اجازة المامور لزم العقد على المامور لان اجازته قد
صحت وانما لم تعمل في حق الامر فاذا زال حقه بالقبض عملت اجازته فلو قال الامر رد هذا
العقد فانه لا حاجة لي فيه فاجاز المامور او كان اجاز قبله ثم هلك يهلك على الامر لان
قوله رده امر بالنقض والامر بالنقض لا يكون نقضا فلو امره برده فباعه المامور توقف
العقد على اجازة الامر لما مر ان قوله رده ليس بنقض فان اجاز الامر فالثمن له وطاب
الربح له لانه لما اجاز البيع ملكه مستندا الى وقت العقد السابق وقبض الوكيل كقبضه
فكان الربح حاصلا على ملكه وضمانه فيطيب له وان نقضه لزم المامور لان اقدامه على
البيع دليل الاجازة الا انه لم يعمل بحق الامر فاذا زال حق الامر عملت اجازته وبطل بيعه
لان المامور ملكه الان والبيع السابق على الملك لا يتوقف على ملك يتجدد كفضولي
باع ملك الغير ثم ملكه لا ينفذ بيعه كذا هذا • واذا اشترى ثوبا بعبد على انه بالخيار
في الثوب ثلاثة ايام فله الخيار فيهما حتى ينفذ اعتاق بايع العبد ولا ينفذ اعتاق بايع
الثوب وعند زفر رحمه الله له الخيار في الثوب دون العبد حتى لا ينفذ اعتاق مشتري
الثوب وينفذ اعتاق الاخر لانه قصر الخيار على احدهما ويقتصر حكمه عليه لان ثبوته
على منافاة القياس واذا اقتصر عليه يكون العبد مبيعا بيعا باتا فيصح اعتاق الاخر اياه في
المدة ولنا ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه والعبد ثمن الثوب فلا يخرج
عن ملكه فلا يصح اعتاق الاخر اياه لانه لم يملكه • ولو اشترى شيئا على انه بالخيار الى الغد
يشمله حتى يثبت الخيار في الغد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يثبت في الغد
جعل غاية وحدا فلا يدخل في الحد وذلك لان الغاية ما ينتهي الحكم ولا يبقى كالليل في باب الصوم

ولنا ان الغاية متى كان لمد الحكم اليها لا تدخل كالليل فانه لو قيل ثم اتموا الصيام تناول
صوم ساعة فقوله الى الليل لمد الحكم الى موضع الغاية • ومتى كانت الغاية لاخراج ما
وراءها يبقى موضع الغاية داخلاً كما في المرافق فان مطلق الايدي ينتظم الآباط فكان
ذكر الغاية لاخراج ما وراءها فيبقى موضع الغاية داخلاً وهنا لو اقتصر على انه بالخيار
يثبت الخيار مؤبداً فكان ذكر الغاية لاخراج ما وراءها فيبقى موضع الغاية داخلاً
في الكلام • والقول للمنكر في الخيار اي اذا اختلف المتبايعان في اشتراط الخيار فالقول
لمن ينفيه في ظاهر الرواية • وعن ابي حنيفة رحمه الله ان القول لمدعي الخيار لانه ينكر
زواله عن ملكه او وجوب الثمن عليه • وجه الظاهر ان الخيار لا يثبت الا بالشرط
فكان من العوارض فيكون القول لمن ينفيه كما في دعوى الاجل وكذا لو اختلفا
في مضيه فالقول لمن ينكر مضيه لانهما تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى احدهما سقوطه
بمضي المدة فكان القول للمنكر وكذا لو اختلفا في قدره فالقول لمن يدعي اقصر
الوقتين لان الآخر يدعي زيادة شرط عليه وهو ينكر • اب او وصي او مكاتب
او ماذون باع شيئاً بالخيار فبلغ الصبي او عجز المكاتب او حجر المأذون في مدة الخيار
تم البيع وبطل لان الخيار كان حقاً للعاقد وقد عجز عن التصرف بحكم الخيار بالبلوغ والعجز
والحجر فيبطل الخيار كما لو مات او جن • وعن محمد رحمه الله ان الخيار يبقى للمبايع
ولكن له الفسخ دون الاجازة لان المبيع لم يخرج عن ملك المالك بعد وكان الفسخ امتناعاً
عن ازالة ملكه وله ذلك كما لو باع ملك غيره بلا امره ثم الفسخ قبل الاجازة • واما
الاجازة فلانه ازالة • وعن محمد رحمه الله ان للعاقدان خير في الثلاث لانه كان
نائباً عن المالك كالوكيل وفي المكاتب والعبد ينقض البيع في رواية لانه لا وجه لابقاء الخيار
مع عدم الولاية • والوجه لانفاذ قول محمد رحمه الله لان الخيار من حقوق العقد فلا ينافيه
عجز العاقد كسائر الحقوق ولكن ان اجاز البيع لم يجز لانه لا يملك انشاء البيع فلا يملك
التزامه باسقاط الخيار

باب خيار الرؤية

خيار الرؤية لمشتر
لم يره وان رضي لا لبايع • اعلم انه اذا اشترى الرجل زيتاً في زق او براً في جوالق او درة
في حقة او ثوباً في كم واتفقا انه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئاً من ذلك صح
البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده • وقال الشافعي رحمه الله لا
يصح العقد لانه باع شيئاً مجهولاً فصار كما لو باع عبداً من عبيده وهذا لان المقصود
من شراء العين ماليته وعلى هذا لا يرد على ما ليس بمال والمالية في الاوصاف ولهذا تزداد
وتنتقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة
فكذا الجهالة الوصف • ولنا العمومات المجوزة بلا قيد الرؤية فلا يزيد قيد الرؤية
عليها لانها كالنسخ في المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار
اذا رآه حقق الشراء وبنى عليه حكماً وهو الخيار وعنده الامر بخلافه ولان المبيع معلوم

العين

العين مقدور التسليم فيصح بيعه كالمرئي وهذا الخلاف في امة قائمة بين ايديهما
منتقبة ولا شك ان عينها معلوم بالاشارة اليها لانها ابلغ اسباب التعريف وكذا
اذا اشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها • فاما كونها
امة ومملوكة فانها تعرف باخبار البايع اياه لانها وان رفعت النقاب لا يعرف
ذلك الا بقول البايع وقد اخبر به وانما بقي بعدم رؤية وجهها الجهل ببعض صفات
الوجه وهو ادنى من فوات الاوصاف كالسمع والبصر وغيرهما وذا لا يمنع الجواز
وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا ولان الجهالة انما تفسد العقد اذا افضت
الى النزاع كما في شاة من القطيع لان عندها لم يبق العقد مفيداً • فاما اذا لم يفض
الى النزاع فلا كبيع قفيز من الصبرة وجهالة الاوصاف بسبب عدم الرؤية لا يفضي
الى النزاع بعد ما صار معلوم العين اذ لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في
المعاين المشار بان اشترى ثوباً ولم يعلم عدد ذرعانه وانما باشرها في نفي ثبت
عدم الرضى وذا شرط انبرام العقد لا شرط جوازه • الا ترى ان البيع مع خيار الشرط
يصح ولا يلزم لفوات تمام الرضى • وكذا لو قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان
الخيار معلق بثبوته بالرؤية بالنص فكان عدماً قبل الرؤية فلا يصح اسقاطه • فان قيل
لو لم يكن خياراً قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية وله ان يفسخ العقد
قبلها • قلنا حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا بمقتضى الحديث وهذا لان صحة الفسخ
تعتمد لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل في الرضى اذ هو عبارة عن
الاستحسان واستحسان الشيء مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضى وتمامه
بالعلم باوصاف هي مقصودة وانما تصير معلومة بالرؤية فكذا لا يعتبر قوله رضيت
قبل الرؤية • لانه لو لزم العقد بالرضى قبل الرؤية يلزم امتناع الخيار بعد الرؤية والخيار ثابت
بتقديرها بالحديث فما ادى الى ابطاله يكون باطلاً • وهذا لانه يكون حينئذ
توجد رؤية المعقود عليه خالياً عن الخيار وقد اثبت الشرع الخيار عند رؤيته بخلاف
الفسخ قبل الرؤية لان بالفسخ يخرج العقد من ان يكون معقوداً عليه فلا يوجد بعد
رؤية المعقود عليه خالياً عن الخيار • والرضى بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه العيب
وكون المبيع معيباً سابق على الرضى فاعتبر لوجود سبب الخيار وهنا السبب الرؤية فلا يثبت
الخيار قبلها • ومن باع ما لم يره بان ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية فلا خيار له • وكان ابو
حنيفة رحمه الله يقول اولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب والشرط فانهما يثبتان للبايع
والمشتري • وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضى زوالاً في حق البايع وثبوتاً في حق المشتري
اذ البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي فيشترط كمال الرضى لتمام السبب وذا لا يتحقق الا
بالعلم باوصاف المبيع وذا بالرؤية فلا يكون راضياً بالزوال قبلها • ثم رجع وقال لا خيار
له لان الخيار ان ثبت للبايع فاما ان يثبت بما روينا او بدلالته والحديث اخرج في المبيع

لا يجوز البيع الاول لانه معلق بالشرا فكيف يثبت في البيع به ولم يوجد بعد ثبت احرى في البيع
وهو ليس في معنى الشراء لتثبت الحكم فيه دلالة لان المشتري ظنه خيرا مما اشترى فرده لفوات
الوصف المرغوب فيه والبايع لو رده لرده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصار كما
لو باع عبدا بشرط انه معيب فاذا هو سليم فانه لم يثبت للبايع خيار وروي ان
عثمن ابن عفان رضي الله عنه باع ارضا له بالبصرة من طلحة رضي الله عنه فقيل لطلحة
انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمن رضي الله عنه انك
غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما جبير ابن مطعم في ذلك فقضى بالخيار
لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وفيه دليل جواز
البيع بخلاف ما يقوله الشافعي رحمه الله لانه لا يجوز بيعه ثم خيار الرؤية
غير موقت لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري لان التوقيت فيه زيادة على النص
فيبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل به خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل به
خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا فسخه بعد وقوعه ونفاذه كالاعتاق لا يمكن
والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير بان باع بشرط الخيار او وهب ولم يسلم او عرض
على البيع لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضى فبدلالته احق الا انه اذا تعلق به حق الغير
صار ذلك الحق مانعا من الفسخ ولا حق هنا وان كان ذلك بعد الرؤية يبطل
خياره لان بعدها يسقط خياره بصريح الرضى فيسقط بدليله ايضا وهذا الخيار
لا يسقط بالاسقاط قصدا حتى لو قال اسقطت خيار الرؤية لا يسقط بخلاف
خيار الشرط ولو اشترى ارضا لها اكار فزرعها الاكار برضى المشتري بان
تركها عليه على الحالة المتقدمة من زراعتها فليس له ان يردها لان فعل الاكار كفعل
المشتري وكفت رؤية وجه الصبرة والثوب مطويا والرقيق والدابة وكفلها
وداخل الدار لا رؤية الدهن في الزجاجة والاصل ان رؤية كل المبيع غير مشروطة
لتعذرها اذ البواطن والدقايق لا ترى فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل
في البيع اشياء فان كان لا تتفاوت احاده كالمكيل والموزون من جنس واحد وعلامته
ان يعرض بالنموذج فرؤية بعضه كرؤية كله في اسقاط الخيار اذا كان ما لم يره مثل ما راى
او اجود فان كان اردى مما راى فله الخيار فانه انما رضي بالصفة التي راى لا بغيرها وان كان
يتفاوت احاده ولا يعرض بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد
لاسقاط الخيار لانها تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها على الباقي بخلاف الاول والجوز
والبيض من القسم الثاني فيما ذكر الكرخي رحمه الله لان ذلك يختلف بالصغر والكبر فلا تكون
رؤية البعض دليلا على الباقي وكان ينبغي ان تكون مثل الحنطة والشعير لتقارب احادها
ورؤيتنا البعض تعرف حال الباقي اذا عرفنا هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه
يعرف وصف الباقي لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى وجه الصبرة كاف
عندنا

عندنا وعند زفر رحمه الله لا بد من نشره ورؤية كله لانه ليس بمثلي فلا يعرف
كله برؤية بعضه ولنا انه يستدل برؤية طرف منه على ما بقي اذ لا تتفاوت اطرا ف
الثوب الواحد الا يسيرا وذا غير معتبر قالوا هذا اذا لم يكن في طي الثوب ما يكون
مقصودا فان كان في طي الثوب ما يكون مقصودا كالعلم لا يسقط خياره
ما لم ير موضع العلم لان المالية تتفاوت بحسبه والوجه هو المقصود في العبد والامة
والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار لان ساير الاعضا في العبيد والجواري تبع للوجه
الا ترى انه يتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في ساير الاعضا فيستغني
برؤية الوجه عن تعرف بقية الصفات ولا ينعكس ورؤية الوجه والكفل في الدواب مقصودة
فلا بد من النظر اليهما ولا تعتبر رؤية غيرهما وشرط بعضهم رؤية القوايم وعند
محمد رحمه الله رؤية الوجه تكفي كما في بني ادم وفي شاة اللحم لا بد من الجس
ليظهر له الهزال والسمن وفي شاة القنية لا بد من النظر الى ضرعها وفيما يطعم
لا بد من الذوق لان العلم بما هو المقصود انما يحصل به وفي الدار لا بد من رؤية
داخل الدار لان داخل الدار كالوجه في بني ادم وفي عامة الروايات اذا راى صحن
الدار فلا خيار له وان لم ير بيوتها وكذا اذا راى خارج الدار او راى اشجار
البستان من خارج وعند زفر رحمه الله لا بد من رؤية داخل البيوت والصحيح
ان ذلك الجواب على وفق عادة اهل الكوفة في زمن ابي حنيفة رحمه الله لانها تكون
على تقطيع واحد ولا تختلف بالصغر والكبر فاذا راها من ظاهرها يستدل بذلك على
داخلها فاما اليوم فصفات الدور تختلف فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل
فالصحيح ما قال زفر رحمه الله وقيل في الدور يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى لو
كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتا طابق يشترط رؤية الكل
كما يشترط رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو وبعضهم
شرط رؤية الكل وهو الاظهر وكذا في الحيط ولو اشترى دهنا في زجاج
فنظر الى الزجاج لم يكن ذلك رؤية حتى يصبه على كفه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه
لم ير الدهن حقيقة لوجود الحايل وعند محمد رحمه الله انه رؤية لان الزجاج لا
يخفي صورة الدهن ونظر الوكيل بالقبض كنظر المشتري ونظر رسوله ليس كنظر
المشتري حتى لو اشترى طعاما لم يره فوكل رجلا بالقبض فقبضه الوكيل
بعد ما راه فليس للمشتري ان يرده وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل والرسول
سواء وللمشتري ان يرده اذا راه وهذا الخلاف في الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشرا
فرؤيته تسقط الخيار اجماعا وصورة الوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني بقبض
المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني بقبضه واصل المسئلة ان الوكيل
بالقبض يملك ابطال خيار الرؤية عنده خلافا لهما وانما يملك ابطاله عنده اذا قبضه وهو ينظر اليه

فإن قبضه مستورا ثم رآه بعد ما نظر إليه إبطال الخيار قصدا فليس له ذلك لما أنه وكّله
بالقبض وإبطال الخيار الرؤية ليس بقبض فلا يملكه ولهذا لا يملك إبطاله قصدا ولا
يملك إبطال خيار الشرط والعيب. وله أن القبض على نوعين تام بحيث لا يرد
عليه النقض وهو أن يقبضه وهو يراه وهو يسقط الخيار لدلالته على الرضى. وناقص
بحيث يرد عليه النقض وهو أن يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا
وهذا لأن تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لأن تمامها
يكون بتمام الرضى ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا الوكيل
لأنه ملّك الوكيل ما يملكه ولكن على البدل لا على الشمول لأن اللفظ مطلق لا عام. فإذا
قبضه وهو ينظر إليه بطل الخيار مقتضى تمام القبض كما لو قبضه الموكل وهو ينظر
إليه. فإذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وتعيّن
ذلك التوكيل فلا يملك إسقاطه قصدا لصيرورته أجنبيا عنه بخلاف خيار
العيب فإنه لا يبطل بقبض الوكيل في الصحيح لأنه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض
مع بقائه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار فقد عدم. وأما خيار الشرط فقد
ذكر القدوري رحمه الله أنه لو اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكّل وكيلا بالقبض
فقبضه بعد ما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الأصح فالوكيل قائم مقام الموكل
والموكل لو قبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا
من يقوم مقامه إذا قبضه وهو يراه. وهذا لأن الخيار شرع للاختيار وذا بالتروي
والتأمل فيه بعد القبض حتى إذا استحسنه أخذه وإن استقبحه تركه. وهذا
يفوت ببطلان الخيار بتقدير القبض. وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئا وإنما إليه
تبليغ الرسالة. ألا ترى أن الرسول بالبيع لا يملك القبض والوكيل بالبيع يملكه
وصح عقد الأعمى بأن اشترى أو باع. وقال الشافعي رحمه الله لا يصح شراؤه
لأنه لا يجوز شرى ما لم يره وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى شيئا لم يره
ويسقط خياره بجسّه المبيع إن كان مما يعرف بالجس وبشمه إن كان مما يعرف
بالشم وبذوقه إن كان مما يعرف بالذوق. لأن هذه الأشياء تفيد العلم بالمعقود
عليه. وفي العقار لا يسقط خياره حتى يوصف له بأبلغ ما يمكن فإذا قال رضيت
سقط خياره لأن ذكر الوصف يقوم مقام الرؤية في بعض المواضع كما في خيار
الرؤية عقد السلم والمقصود دفع الغبن عنه وذا يحصل بذكر الوصف. وإن كان
بالرؤية أتم. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعاد إلى ذلك الموضع فإذا صار بحيث لو كان
بصيرا لرآه فقال رضيت يسقط خياره إقامة للتشبه مقام الحقيقة عند العجز
للحاجة. ألا ترى أن المحرم إذا أراد التحلل وهو أقرع يقوم إجراء الموسى مقام الحلق
تشبها بالحالقين. وكذا تحريك الشفتين عند القراءة يقوم مقام القراءة في حق

الأخرس تشبيها بالقارئ. وقال الحسن بن زياد رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة
رحمه الله يوكّل بصيرا بقبضه فيقبضه الوكيل وهو ينظر إليه وهذا على أصله مستقيم
فإن رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الموكل عنده. ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما
ثم رأى الآخر فله أن يردهما أو يمسكهما. لأن رؤية أحدهما لا تكون كرؤيتهما
لتفاوت الثياب فلا يكون رؤية بعضها دليلا على رؤية الباقي. فله رد غير المرئي ورد
المرئي معه رعاية لحق البائع كيلا يؤدي إلى تفريق الصفقة عليه قبل التمام. وهذا
لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده لأن تمامها بتمام الرضى وذا
لا يكون قبل الرؤية ولهذا يتمكن من الرد بلا قضاء ولا رضى فيكون فسخا في الأصل
ولا يورث خيار الرؤية كخيار الشرط لأن الخيار يثبت للعاقد بالنص والوارث
ليس بعاقد فلا يثبت له الخيار وقد مر من قبل. ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة
فإن تغير خيّر لأنه اشترى ما لم يره لأن بالتغير صار شيئا آخر فلا تفيد الرؤية
السابقة للعلم بالمالية القائمة وقت البيع فلا بد للعلم بالرضى به. وإن لم يتغير بل كان
على الصفة التي رآه فلا خيار له لأنه اشترى شيئا قد رآه. إلا إذا لم يعرف الذي رآه
قبل العقد لأنه لم يرض به. فإن اختلفا في التغير فقال المشتري قد تغير وقال البائع
لم يتغير فالقول للبائع مع يمينه وعلى المشتري البينة. لأن سبب لزوم العقد وهو
الرؤية السابقة ظاهر والتغير حادث والقول لمن يتمسك بالظاهر وهذا إذا كانت المدة
قريبة يعلم أنه لا يتغير في مثل ذلك. فإن بعدت المدة بأن رأى أمة شابة ثم اشتراها
بعد عشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير فالقول للمشتري. لأن الظاهر شاهد له
وإن اختلفا في الرؤية فالقول للمشتري. لأنه ينكر أمرا حادثا وهو الرؤية. ومن
اشترى عدل زطي ولم يره فقبضه ثم باع منه ثوبا أو وهبه وسلمه فليس له أن يرد شيئا
منه بخيار رؤية وشرط إلا من عيب. والأصل أن خيار الرؤية والشرط يمنع تمام الصفقة
لخلل في الرضى وكذا خيار العيب قبل القبض لأن العقد قبل القبض غير تام إذ لا يفيد ملك
التصرف وإن أفاد ملك الرقبة. أما خيار العيب بعد القبض فلا يمنع تمام الصفقة
لأنه إنما يثبت بسبب فوات وصف من أوصاف المبيع وفوات بعض الأوصاف لا يربو على فوات
بعض المبيع وذا لا يمنع تمام الصفقة في الباقي إذا اتصل به القبض وتفريق الصفقة قبل التمام
لا يجوز اعتبارا بابتداء الصفقة فإنه إذا أوجب البائع في شيئين لا يملك المشتري القبول
في أحدهما لما فيه من الإضرار بالبائع لجريان العادة فيما بين التجار بضم الرديء إلى الجيد
ترويجا للرديء بالجيد. فإن قيل هذا موجود في خيار العيب بعد القبض ومع هذا ملك
التفريق. قلنا قبل القبض ضرر لاستبداده وتفرده بالرد إذ يرد بالرد بلا قضاء ورضاء
فالتفريق بعد القبض أخف ضررا لافتقار الرد بعد القبض إلى القضاء والرضا. فإذا ثبت
هذا فنقول قد عجز عن الرد فيما خرج عن ملكه فلو رد شيئا من الباقي بخيار الشرط والرؤية

لتفرقت الصفقة على البايع قبل التمام وذا لا يجوز. بخلاف خيار العيب لأن الصفقة
تتم مع خيار العيب بعد القبض فإن لم يتم قبله ووضع المسألة فيما بعد القبض. فلو عاد
إليه ذلك الثوب بسبب هو فسخ فهو على خياره لارتفاع المانع من الأصل وهو تفريق
الصفقة. كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. وعن أبي يوسف رحمه الله
أن خياره بعد ما سقط لا يعود لأن الساقط لا يعود وهو اختيار القدوري

باب خيار العيب

إذا وجد بالمبيع عيبا ينقص الثمن أخذه بكله
أو رده كالبخر والدفر والزنا وولده في الأمة والكفر وعدم الحيض والاستحاضة
والتولول والخال إن قبحا والصهوبة والشمط والأدر والعشا والسن الساقطة
والسواد والقروح والحزن والجمح والقرع والبحح والصكك والمشش والحول
والحوص والسعال القديم والدبر والشعر والماء في العين. اعلم أن المشتري
إذا وجد بالمبيع عيبا فهو بالخيار إن شاء أخذه بكل الثمن وإن شاء رده لأن مطلق
العقد يقتضي سلامة المبيع عن العيب لأن كل واحد من العاقدين صاحب عقل وتمييز
فيأبى أن يغبن أو يغبن. والمراد عيب كان عند البايع ولم يره المشتري عند
البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضى به وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان
لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد لأن الثمن عين فيكون مقابلا
بالعين دون الوصف لأنه عرض غير متقوم. ولأن الثمن لا يخلو إما أن يقابل بالوصف
والأصل وفيه تسوية بين التبع والأصل. أو بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع
على الأصل. أو بالأصل دون الوصف وهو المراد إلا إذا صارت مقصودة بالتناول
حقيقة كما لو قطع البايع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط به نصف الثمن لأنه
يصير مقصودا بالتناول. أو حكما بأن يمتنع الرد لحق البايع بالتعييب عند المشتري
أو لحق الشرع بالخياطة ولأنه لو أمسكه وأخذ النقصان لتضرر به البايع. لأنه
ما رضي بزوال المبيع عن ملكه إلا بكل الثمن ولو أمسكه ولا يأخذ النقصان يتضرر
به المشتري وبالرد يندفع الضرر عنه بلا تضرر البايع فصرنا إليه. وكل ما أوجب
نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن العيب ما ينقص المالية إذ هي مقصودة بالبيع
وما ينقص الثمن ينقص المالية والمرجع في معرفته عرف أهله. والإباق والبول في الفراش
والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك الماضي بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ
في يد البايع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري ومعنى هذا أنه إذا ظهرت هذه العيوب
عند البايع في صغره فهو عيب يرده به لاتحاد العيب باتحاد السبب وإذا وجدت هذه
الأشياء في صغره فباعه فوجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرده لاختلاف العيب
باختلاف السبب. وإن وجدت هذه الأشياء بعد البلوغ عند البايع ثم وجدت عند
المشتري يرده به لأن شرط استحقاق الرد وجود العيب الواحد عند البايع والمشتري

فاما

فأما العيب الذي في يد البايع لا يوجب الرد للمشتري بعيب حدث في يده واتحاد الحال
دليل اتحاد السبب وذا دليل اتحاد العيب واختلاف الحال دليل اختلاف السبب وذا دليل
اختلاف العيب. فالإباق والبول في الفراش والسرقة في حال الصغر لحب اللعب
وضعف المثانة وقلة التأمل. وفي حال الكبر لخبث في الباطن وخبث في الطبيعة
ورغبة في المال فاختلف السبب باختلاف الحال فيختلف العيب لأن اختلاف الأسباب
دليل اختلاف المسببات. والمراد بالصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو بضال
ولا بآبق فيكون عيبا لأن الإباق إنما يكون عن قصد والسرقة والبول في الفراش
كذلك لا يكون عيبا في الصغير جدا لعدم القصد وضعف البنية. والجنون
في الصغير عيب أبدا ومعناه إذا جن عند البايع في الصغر ثم جن في يد المشتري في
أو الكبر يرده لأنه عين الأول. لأن السبب متحد في الحالين وهو آفة تحل الدماغ
وقيل إذا اشترى عبدا قد جن عند البايع فله أن يرده وإن لم يجن عند المشتري
لأن سببه آفة تحل الدماغ وهي إذا تمكنت لا تزول. والجمهور على أنه لا يرد ما لم يعاود
عند المشتري وهو الصحيح. لأن الله تعالى قادر على إزالة تلك الآفة كسائر
العلل فلم يكن من ضرورة وجودها يوما بقاؤها أبدا. والبخر والدفر عيب في الأمة
لأنها تقرب للخدمة والافتراش وهما يخلان بهما وليسا بعيب في الغلام لأن المولى
يستخدمه بالبعد من نفسه إلا أن يكون فاحشا لأن ذا يدل على داء في الباطن والداء
نفسه عيب. والزنا وولد الزنا عيب في الأمة لأن المقصود بها هو الاستفراش وزناها
يخل بهذا المقصود دون الغلام لأن المقصود به الاستخدام في أمور خارج البيت
وزناه أو كونه ولد الزنا لا يخل بهذا المقصود إلا أن يكون الزنا عادة له. لأنه
يتمكن الخلل في مقصوده وحينئذ فكلما وجهه سيده في حاجة يذهب في متابعة
هواه ويترك خدمة مولاه. وقال الشافعي رحمه الله الزنا عيب مطلقا كالسرقة
والكفر عيب فيهما لأن المسلم ينفر عن صحبتهما للعداوة الدينية ولا يثق به على
استخدامه في الأمور الدينية كاتخاذ الماء للوضوء وحمل المصحف إليه ولا يثق به على تحريره
في كفارة القتل. فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما ليس له أن يرده لأن الكفر عيب
فقد اشتراه على أنه معيب فإذا هو سليم. وعند الشافعي رحمه الله له أن يرده لفوات الشرط
المرغوب فاستعباد الكافر مطلوب المسلم لأن فيه إذلالا له. قلنا ذا يرجع إلى الديانة
دون المالية. وانقطاع الحيض في البالغة والاستحاضة عيب لأن انقطاع الحيض في أوانه
والاستحاضة دليل داء في الباطن. إذ العادة الأصلية في النساء اللاتي جبلن على السلامة
أن يحضن في أوانه ويطهرن في أوانه فإذا كان بخلافه كان لداء في الباطن ويعتبر في ذلك
أقصى ما ينتهي إليه ابتداء الحيض وذا سبع عشرة سنة لأن ذا أقصى غاية بلوغهن عند
أبي حنيفة رحمه الله. وإنما يعرف هذا بقول الأمة لأنه لا اطلاع لأحد على معرفة ذلك إلا بها

ثم يستحلف البائع مع هذا إن كان بعد القبض فيرد بنكوله وإن كان قبل القبض
فكذلك في الصحيح. وعن محمد رحمه الله يرد بلا يمين البائع لأن البيع قبل القبض بلا
قضاء ورضا. وصح فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية لا قول
للأمة في ذلك. واعلم أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة
الانقطاع فإن ادعى الانقطاع في مدة قصيرة لا تسمع دعواه. وإن ادعى الانقطاع
في مدة مديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف رحمه الله. وبأربعة أشهر
وعشر عند محمد رحمه الله. وعن أبي حنيفة وزفر رحمهما الله بسنتين فإذا عرفت
المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك إن كان القاضي مجتهدا يقضي بما أدى إليه
اجتهاده وإلا يأخذ بالمتفق وهو سنتان فإذا ادعى الانقطاع في مدة كبيرة
لا تسمع دعواه ما لم يدع أن ارتفاع الحيض بسبب الداء والحبل. فإذا ادعى ذلك
فحينئذ يسأل البائع أهي كما يدعي المشتري فإن قال نعم ردها على البائع بإقراره
وإن قال هي كذلك للحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عندي وإنما حدث
هذا العيب عند المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما على قيام العيب
للحال فإن طلب المشتري يمين البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف في سائر
العيوب فإن حلف بري وإن نكل يرد عليه لأن نكوله كإقراره. فإن
شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع لا تقبل شهادتهم بخلاف
ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لأن الاستحاضة دوام الدم فيطلع عليه
أما انقطاع الحيض على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود فقد تيقن القاضي
بكذبهم فلا تقبل شهادتهم. فإن أنكر البائع انقطاع حيضها في الحال لا يستحلف
على ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يستحلف لما نبين إن شاء الله تعالى.
والثؤلول عيب وكذا الخال إن قبحا بأن كانا ينقصان الثمن بأن كبرا
والصهوبة وهي حمرة في الشعر عيب إذا فحشت بحيث تضرب إلى البياض وكذا
الشمط وهو اختلاط البياض بالسواد في الشعر لأنه في غير أوانه أو أنه دليل الداء
أو أنه دليل الكبر. والأدرة عيب وهو انتفاخ في الخصيتين. والعشا عيب
وهو ضعف في البصر بحيث لا يبصر بالليل. والسن الساقطة عيب ضرسا كان
أو غيره لأنه يشينه وينقص الثمن وكذا السن السوداء. والظفر الأسود عيب
إن كان ينقص. والعسر عيب وهو أن يعمل بيساره والكي عيب إذا كان من عيب
من داء وإلا لا كما في الحبشة. والقروح عيب. والحرن عيب وهو الكسل في الدابة
وهو على وجه لا تسير إلا بتسيير بليغ. والجمح عيب وهو تباعد ما بين القدمين
والحكك عيب وهو أن تصطك إحدى ركبتيه على الأخرى والمشش وهو ورم
في الدابة له صلابة دون صلابة العظم. والحول عيب لأنه يمكن ضعفا في البصر

حتى يرى

حتى يرى الأحول الشيء الواحد شيئين والحوص عيب وهو ضيق مشاقه في العين. والسعال
القديم عيب والدين عيب لأن ماليته تكون مشغولة بحق الغرماء. والشعر
والماء في العين عيب لأنه يضعف البصر. فلو حدث عند المشتري عيب واطلع على
عيب كان عند البائع رجع بنقصانه أو يرد برضا بائعه لأن الجزء الفائت صار مستحقا
مطلب بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصته من الثمن لأنه صار مقصودا له
بالمنع فيكون له حصة من الثمن. وطريق معرفته أن يقوم وبه عيب ولا يقوم ولا
عيب به فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن فإن كان
نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن إلا أن يرضى البائع أن يرده عليه لأن المانع من الرد
حق البائع وقد زال ذلك حين رضي به ولا يرد المبيع. وقال مالك رحمه الله يرده ويرد
معه نقصان العيب الحادث في يده لأن رد البدل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار
كأن رد كل المبيع فيرجع بكل الثمن. ولنا أن حق الرد ثبت للمشتري ليدفع به الضرر عن
نفسه على وجه لا يتضرر به بائعه وبعد ما تعيب عنده لو رده لتضرر به بائعه لأنه
خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع الرد فلا بد من دفع الضرر عنه والضرر
يندفع عنه بثبوت حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فيصار إليه. ومن اشترى
ثوبا فقطعه ولم يخطه فوجد به عيبا رجع بنقصان العيب لامتناع الرد بالقطع
لكونه عيبا حادثا فإن قال البائع أنا أقبله كذلك له ذلك لأن الرد امتنع لحق البائع
وقد رضي به فقد زال المانع. فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء علم أو لا. لأن الرد
لم يمتنع برضى البائع بل بفعله ببيع المشتري إياه. وهذا لأنه يمسك بدله. وإمساك
البدل كإمساك المبدل. ولو كان المبدل في يده ليس له أن يمسكه ويرجع
بنقصان العيب. فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو أصفر أو لت
السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة. إذ
الفسخ في الأصل بدون الزيادة لا يمكن لأنها لا تنفك عنه ومع الزيادة لا يمكن
أيضا لأن العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليه الفسخ ضرورة إذ فسخ العقد
رفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه العقد. فإن قيل يشكل بالزيادة المتصلة
المتولدة من المبيع كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية. قلنا
لأن فسخ العقد ثم في الزيادة ممكن لأن الزيادة تبع محض باعتبار التولد
والتفرع والاتصال. والحاصل أن الزيادة نوعان منفصلة متولدة كالولد
والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لأنه لا سبيل إلى فسخه مقصودا لأن العقد لم يرد على الزيادة
ولا سبيل إلى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال. وغير متولدة من المبيع كالكسب
وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسلم الزيادة للمشتري
مجانا بخلاف الولد. والفرق أن الكسب ليس بمتولد بحال لأنه تولد من المنافع وهي غير

الاعيان والولد يتولد من المبيع فيكون له حكم المبيع . فلا يجوز ان يسلم مجانا لما فيه من الربو .
لانه يبقى في يده بلا عوض في عقد المعاوضة والربو اسم لما يستحق بالمعاوضة بلا عوض
يقابله . وليس للبايع ان ياخذه لان امتناع الرد بحق الشرع للزيادة الحادثة لا لحقه
فان باعه المشتري بعد ما راى العيب رجع بالنقصان ايضا لان الرد كان ممتنعا
قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري فلم يكن المشتري بالبيع حابسا للمبيع
والاصل ان في كل موضع لو كان المبيع قايما على ملكه يمكنه رده برضى البايع . فاذا
باعه لا يرجع بنقصان العيب لامتناع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا المبيع معنى لقيام
المشتري مقامه في امساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع كحبسه فكان المبيع في
يده وهو يريد ان يرجع بنقصان العيب . وثم ليس له ذلك كذا هنا وفي كل موضع
لو كان المبيع قايما على ملكه لا يمكنه رده وان رضي البايع به فاذا اخرجه عن
ملكه يرجع بنقصان العيب . لان الرد كان ممتنعا قبل بيعه فلم يصر المشتري ممسكا
المبيع ببيعه فبقي اثر العيب بحاله . وكذا لو صبغه اسود عندهما لان السواد
زيادة عندهما وعنده السواد نقصان كالقطع فانما تعذر رده ببيعه فلا يرجع
بنقصان العيب ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه
ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان المبيع لانه صار واهبا للصغير بالقطع مسلما
اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد قبل الهبة فكان هو حابسا المبيع فلا يرجع . ولو
كان الولد كبيرا يرجع بنقصان العيب لانه لم يصر مسلما به اليه الا بعد الخياطة
وكان الرد ممتنعا قبل الهبة فلم يصر حابسا فيرجع . ومن اشترى عبدا فحرره بلا
مال او مات عنده فاطلع على عيب رجع بنقصان المال . اما الموت فلان الملك
ينتهي به لان الملك في محل الحيوة يثبت باعتبارها فينتهي بانتهايها والامتناع
حكمي لا بفعله فلا يمتنع الرجوع . واما التحرير فالقياس فيه ان لا يرجع بالنقصان
وهو قول الشافعي رحمه الله . لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وهذا لانه
لما اكتسب سبب تعذر الرد فيه كان حابسا له حكما فكانه محبوس في يده
ويريد الرجوع بنقصانه . وفي الاستحسان يرجع بنقصان العيب لان الاعتاق
انهى الملك اي اتمام له لان الملك في الادمي ثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والولاء
اثر من اثار الملك والشي ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا اثبت
الولاء بالعتق والولاء اثر من اثار العتق فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد
كالاعتاق لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك
الى ملك فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما فيرجع بنقصان
المبيع لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عنده . ولو حرره بمال او كاتبه
ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء لانه ازال ملكه بعوض فصار كالبيع . وهذا لان

حبس البدل كحبس المبدل ولو حبس عينه لا يرجع فكذا اذا حبس بدله . وعن ابي حنيفة
رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله انه يرجع لان البدل والمبدل ملكه فصار
كالاعتاق بلا مال . ولان الاعتاق منه الملك سواء كان بعوض او لا بعوض
حتى يثبت الولاء في الموضعين . وان ابق ثم علم بعيب لم يرجع بنقصانه ما دام حيا
عند ابي حنيفة رحمه الله وعن ابي يوسف انه لا يرجع . لان العجز في الحال متحقق
والعود موهوم . وله ان الرجوع بنقصان العيب خلف عن الرد بالعيب وانما يصار
الى الخلف عند وقوع الياس عن الاصل . وما دام حيا فالعود ممكن وكان الرد موهوما
فيمنع الرجوع بالنقصان . وان قتله او باعه او اكله بان كان طعاما او باع بعضه او اكل
بعضه او لبس فتخرق لا يرجع بشيء . والاصل ان امتناع الرد اذا كان بفعل مضمون
من المشتري لا يرجع بشي لانه متى كان مضمونا كان ممسكا للمبيع معنى . ومن شرط
الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا اياه . واذا امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك او بفعل
غير مضمون منه يرجع لانه لا يتصور ان يكون ممسكا . ثم القتل فعل مضمون اذ لو باشره
في ملك الغير يضمن . وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا بملكه فيجعل سقوط الضمان
عنه بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالقتل اعتياضا عن الملك ولهذا ياثم ويجب عليه الكفارة
ان كان خطاء ويضمن ان كان مديونا . وانما لم يضمن اذا لم يكن مديونا لعدم
الفايدة لاستحالة الوجوب له فصار الضمان كالسالم له معنى هذا الاعتبار . بخلاف
الاعتاق لانه لا يوجب الضمان عليه مطلقا لو فعله في ملك غيره لعدم النفاذ من احد
الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقا . لانه اذا كان معسرا لم يضمن وهذا
لان الاعتاق تصرف شرعي واعتباره بشرطه وهو الملك بخلاف القتل فانه حسي يتصور
في الملك وفي غيره . فلو لم يستفد بالاعتاق عوضا حقيقة وحكما فلا يكون حابسا
المبيع فيرجع بالنقصان . وعن ابي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فكانه
مات حتف انفه واما البيع فلما مر . واما الاكل واللبس فعلى الخلاف عند ابي حنيفة
رحمه الله لا يرجع . وعندهما يرجع لانه صنع في المبيع يعتاد فعله فيه ويشترى لاجله
فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب كالاعتاق . وله انه تعذر الرد بفعل مضمون
منه في المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالاحراق والقتل . وهذا لانهما يوجبان الضمان
في ملك الغير وانما استفاد البراءة عنه بملكه في المحل فهذا بمنزلة عوض سلم له . وكما
انهما يقصدان بالشرا فالبيع يقصد بالشرا ثم لا يعتبر ذلك في اثبات حق الرجوع
بنقصان العيب لسلامة العوض له كذا هنا . وان باع بعضه ثم وجد به عيبا لا يرجع
بالنقصان لا في المزال ولا في الباقي عندنا . لان امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه
وعند زفر رحمه الله انه يرجع بنقصان الباقي اعتبارا للبعض بالكل . وان اكل بعضه
ثم علم بالعيب فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان ما اكل وما بقي

لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض كما لو باع البعض وعنهما
يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب وان اكل
الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فاكل البعض اولى. وعنهما يرد ما بقي
لانه مما لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما اكل
ومن اشترى بيضا او قثاء او جوزا او خيارا او بطيخا فوجده فاسدا فان كان ينتفع
به مع فساده رجع بنقصان العيب ولا يرده لتعذر رده بالكسر لانه عيب حادث
وقال الشافعي رحمه الله يرده اذا كسره مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب لان البايع سلطه
عليه فكانه فعله بنفسه ورضي به. قلنا رضي بكسره في ملك نفسه لا في ملك بايعه فيجب
رعاية حقهما وذا بالرجوع بالنقصان كما لو كان ثوبا فقطعه. الا ان يرضى البايع ان
ياخذه مكسورا. ولو وجد بهذه الصفة قبل الكسر رده لامكانه وان لم ينتفع به رده
ورجع بكل الثمن لا بحكم الرد بالعيب بل لبطلان البيع اذ المبيع ليس بمال لانه لا ينتفع به
ومتى كان بحال لا ينتفع به اصلا بان ليس بمال فلم يصادف المال البيع محله فرده
ويرجع بكل الثمن. قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز
اذا لم يكن لقشره قيمة اما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يتخذ قشره
وقودا فوجده خاليا قيل يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته. لان العقد
في حق القشر صادف محله. وقيل يرد القشر ويرجع بكل الثمن لان مالية الجوز
قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فيبطل البيع
وان كان للقشر قيمة. والجواب في القثاء والبطيخ كالجواب في الجوز في موضع
يعز فيه الحطب وهذا اذا وجد الكل فاسدا. فان وجد البعض فاسدا وهو
قليل صح البيع استحسانا. لان الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب
في الحنطة. ولو فسد البيع باعتباره لانسد باب بيعه والقليل ما لا يخلو عنه الجوز
عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يصح في الكل
ويرجع بكل الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله لجمعه في العقد بين ماله قيمة وبين ما
لا قيمة له فصار كالجمع بين حر وعبد في البيع وعندهما يصح العقد فيما كان
صحيحا وقيل يفسد العقد في الكل اجماعا لان الثمن لم يفصل. وان باع المشتري
المبيع فرد عليه بعيب بقضاء رده على بايعه وبرضى المشتري لا يرد على بايعه. اعلم
ان من اشترى عبدا ثم باعه من اخر ثم وجد المشتري الاخر به عيبا فرده على المشتري
الاول ان رده قبل القبض بقضاء او برضى فللمشتري الاول ان يرده على بايعه لان
الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل في حق الكل حتى لا يتوقف على القضا فصار
كانه لم يبع. وان كان المشتري الاخر قبض العبد ثم رده على المشتري الاول
فان كان الرد بقضاء ببينة او نكول من المشتري الاول او باقرار بالعيب

فله

فله ان يرده على بايعه اذا اثبت ان العيب كان عند البايع الاول اما في الرد بالبينة فلانه
فسخ في حق الكل لتعذر اعتباره بيعا جديدا لانتفاء الرضى من المشتري الاول بالفسخ
والبيع الجديد لا يصح الا بتراضيهما. واذا صار فسخا صار الحال بعد الفسخ كالحال قبل
البيع وقبل ان يبيعه المشتري الاول فاذا وجد به عيبا رده على البايع الاول اذا ثبت
ان العيب كان عند البايع الاول لكن ههنا. وعند محمد رحمه الله لا يملك رده على
بايعه ان اقام المشتري الاخر بينة انه كان عند البايع الاول لانه انكر قيام العيب
فكيف يدعيه وهو يناقض قلنا قد صار مكذبا شرعا بالقضا بالبينة. وكذا لو رد
عليه بنكوله او باقرار فسخ عندنا لتعذر اعتباره بيعا جديدا لمكان الاضطرار
نظرا الى قضاء القاضي بغير رضى المشتري الاول. وقال زفر رحمه الله لا يعتبر فسخا
في حق البايع الاول حتى لا يرد عليه لان القاضي مضطر الى القضا وهذا الاضطرار جا منه
باقراره او نكوله فانتقل فعل القاضي اليه لان فعل المكره ينتقل الى المكره واذا
نقل اليه صار كانه باشر الفسخ بنفسه. قلنا فعل المكره انما ينتقل الى المكره فاذا صلح
الة للمكره كما في القتل فانه يمكنه ان ياخذه ويضربه عليه. والقاضي لا يصلح في حق
القضا بالفسخ الة له. لان الفسخ يكون بالكلام والكلام لا ينتقل الى المكره. لان التكلم
بلسان الغير لا يتصور ولهذا قلنا ان المكره على العتق اذا اعتق نقل العتق منه وكان الولا
له. واذا لم يصر القضا في حق الفسخ منقولا اليه لم يصر المشتري الاول مباشرا للفسخ حقيقة
وحكما ومعنى القضا بالاقرار انه انكر الاقرار الاول فاثبت بالبينة والرد على البايع الثاني
لا يكون ردا على البايع الاول. لان البيع الاول قايم بنفسه فلم ينفسخ بفسخ الثاني بخلاف
الوكيل اذا رد عليه بالبينة او بالنكول حيث يكون الرد على الوكيل ردا على الموكل
حتى لا يحتاج الى خصومة الموكل لاتحاد العقد ثم وتعدده هنا. وان رده برضى
المشتري الاول فالمشتري الاول لا يرده على بايعه لان الرد بالعيب بعد القبض بالتراضي
بيع جديد في حق الثالث فسخ في حق المتعاقدين. ولهذا يتجدد للشفيع حق الشفعة
لانه ثالثهما والبايع الاول ثالثهما. فصار في حقه كان المشتري الاول اشترى ما باع
ثانيا فلا يكون له حق الخصومة مع بايعه لا في الرد ولا في الرجوع بالنقصان والجواب
فيما يحدث مثله كالمرض وفيما لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة سوا في الصحيح
وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرده على بايعه سوا كان الرد بقضا
او بغيره لتيقننا بوجود العيب عند البيع الاول وقد فعلا بدون القاضي عين ما يفعله
القاضي لو رفعا الامر اليه لان الرد متعين في هذا فيجعل فعلهما كفعل القاضي. وان قبض
المشتري المبيع وادعى عيبا لم يجبر المشتري على نقد الثمن ولكن يقيم المشتري البينة على ما
ادعى او يحلف بايعه لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن لما انكر تعين حقه بدعوى
العيب وانما يؤمر المشتري بدفع الثمن اولا ليتعين حقه كما تعين المبيع. ولان القاضي

لا يشتغل بما لا يفيد ولا يقضي بشيء يحتاج الى نقضه بعد ذلك • ولو اجبر القاضي المشتري
على اداء الثمن فربما يظهر العيب فينتقض القضا ويلزمه رد الثمن المقبوض فلا يقضي
به صيانة لقضائه • وذكر في الهداية لم يجبر لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع
او يقيم المشتري بينة وهذا التركيب مشكل لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار
على الدفع ونفي الاجبار على الدفع لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر • وانما يصح بامداد
شيء بان يقال او يقيم المشتري بينة فيستمر عدم الاجبار وهذا اذا كان شهود
المشتري على العيب حضورا فان كان شهوده غيبا فقال المشتري امهلني حتى احضر شهودي
لم يلتفت القاضي اليه ولكن يحلف البايع ويامر بنقد الثمن ان حلف بايعه • لان
في الامهال انتظارا ضررا بالبايع لان التاخير لا الى غاية معلومة يجري مجرى الابطال
وليس في الدفع زيادة ضرر بالمشتري فانه يبقى على حجته اذا احضر شهوده • اما اذا نكل
لزم العيب لانه حجة فيه • ومن اشترى عبدا فادعى اباقا • اي جا المشتري بالعبد
الى البايع وقال بعتني ابقا لم يحلف بايعه انه لم يابق عنده حتى يقيم المشتري
بينة انه ابق عنده • لان شرط سماع الخصومة في العيب قيام العيب وقت الخصومة
فلا يعتبر انكار البايع الاباق ما لم يثبت الاباق عند المشتري فيسال القاضي البايع
ابه هذا العيب ام لا • فان اقر يثبت في العيب في حق سماع الدعوى فبعده ان انكر
البايع قيام البيع العيب في يده يحلف على البتات وان انكر قيام هذا العيب للحال
بيد المشتري باقامة البينة على ذلك فان اقام المشتري البينة على انه ابق عنده ثبت
العيب للحال ثم يحلف البايع بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق عنده قط • او يحلف
بالله ما ابق عندك قط او يحلف بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي تدعي ولا يحلفه
بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لجواز انه ابق بعد
البيع قبل التسليم وذا يطلق الرد للمشتري وتكون يمين البايع صادقة دافعة للرد عنه
فيتضرر به المشتري • وكذا لا يحلف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب
لان فيه ترك النظر للمشتري ايضا • لانه ان ابق بعد البيع قبل التسليم لا يحنث
لانه حينئذ يتعلق الحنث بقيام العيب في الحالين والمعلق بالشرطين لا ينزل الا
عند وجودهما وانما يحلف على البتات لانه حلف على فعل نفسه وهو التسليم كما
التزمه بالعقد • وان لم يكن للمشتري بينة واراد تحليف البايع ما يعلم انه ابق عند
المشتري يحلف عندهما • واختلف المشايخ رحمهم الله تعالى على قول ابي حنيفة رحمه الله
فقيل يحلف عنده وقيل لا يحلف عنده وهو الاصح لان التحليف شرع لدفع خصومة
متحققة لا لانشائها • ولو حلف البايع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تتحقق بينهما
خصومة اخرى ان هذا العيب هل كان عند البايع • فيحتاج الى استحلاف البايع
مرة اخرى • ولهما انه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه فاذا انكر يستحلف

رجا النكول كما في ساير الدعاوي الا انه يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو
العبد فان حلف لم يثبت وان نكل ثبت فيحلف البايع بعده للرد كما مر •
واذا كان الدعوى في اباق الكبير يحلف بالله ما ابق مذ بلغ مبلغ الرجال • لان
الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ • واذا اراد المشتري الرد بالعيب
ولم يدع البايع عليه عيبا يسقط حق الرد لم يحلف المشتري عليه • لان التحليف
شرع لقطع الخصومة وفيه انشاؤها • وعند ابي يوسف رحمه الله يحلف عليه
صيانة لقضائه عن النقض لو ظهر ذلك في ثاني الحال • والقول في قدر المقبوض
للقابض • حتى لو اشترى امة وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البايع بعتك هذه واخرى
معها • وقال المشتري بعتني هذه وحدها فالقول للمشتري • لان حاصل
اختلافهما وقع في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض في مقداره • لانه
منكر قبض الزيادة الا ترى ان الغاصب لو انكر زيادة في المقبوض يكون القول له
فهذا اولى • وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في مقدار المقبوض فالقول
للمشتري ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد باحدهما
عيبا اخذهما او ردهما سواء وجد بغير المقبوض عيبا او بالاخر تفاديا عن تفريق الصفقة
قبل التمام لانها تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في العقد لما مر • وعن ابي
يوسف رحمه الله انه اذا وجد بالمقبوض عيبا رده خاصة لان الصفقة تمت في
المقبوض والاول هو الصحيح • لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل
فما لم يقبض الكل لا تتم الصفقة • الا ترى ان حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن
لا يزول بقبض كله وبقا بعضه جزيه على ان الصفقة ان تناهت فيما قبض لم تتناه
فيما لم يقبض فدار التفريق بين الجواز وعدمه فلم يجز بالشك • ولو قبضهما ثم وجد
باحدهما عيبا له رد المعيب فقط • وقال زفر رحمه الله له ردهما لا رد احدهما
لان فيه تفريق الصفقة فيتضرر البايع برد المعيب فقط فصار كما قبل القبض وخيار
الرؤية والشرط • ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لانها تمت بالقبض • لان العيب
لا يمنع تمام الصفقة • وعلة الرد العيب وذا وجد في احدهما • والحكم يثبت بحسب
العلة • الا ترى انه لو استحق احدهما بعد قبضهما لم يتخير في الاخر لان الاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة بالقبض • فكذا اذا وجد العيب في احدهما • ولو استحق احد هما
قبل القبض له الخيار في الاخر لتفرق الصفقة قبل التمام • بخلاف خيار الرؤية والشرط
لان الصفقة لا تتم بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضى ولم يوجد • وتضرر
البايع من قبل تدليسه فلا يعتبر في حق المشتري • كذا ذكر في المبسوط وغيره
وذكر في المختلف ما يخالف هذا • فقال اذا اشترى عبدين ووجد باحدهما
عيبا قبل القبض رده بحصته من الثمن عنده رحمه الله • كما لو وجد به عيبا

بعد القبض فإنه يرده خاصة فكذا قبل القبض هذا إذا كان المبيع مما لا يكال
ولا يوزن وكان شيئين فإن كان المبيع كيليا أو وزنيا من نوع واحد ووجد
ببعضه عيبا رده كله أو أخذه وليس له أن يرد المعيب خاصة سواء كان
قبل القبض أو بعده أما قبل القبض فظاهر لأن فيه تفريق الصفقة على البائع قبل
التمام وكذا بعد القبض بخلاف الثوبين والعبدين والفرق أن المكيل
والموزون كشيء واحد حكما وتقديرا وإن كان أشياء تحقيقا لأن المالية والتقوم
في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمتقومة
حتى لا يصح بيعها فإذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حق البيع
كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وجعل رؤية البعض كرؤية
الكل كالثوب الواحد ولو كان شيئا واحدا حقيقة ووجد ببعضه عيبا بعد
القبض لا يرد المعيب فقط بخلاف العبدين فكل واحد منهما مال بصفة الانفراد
ولا فرق بينهما إذا كان الكل في وعاء واحد أما إذا كان في وعائين فهو كعبدين
حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأن
الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيبا لأن التبعيض لا يضرهما والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لأن العقد حق العاقد فتمامه يستند إلى تمام الرضى من العاقد
لا من المالك وقد وجد وإن كان ثوبا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب عرفا
وقد كان عند البائع بظهور الاستحقاق وإجارة المشتري المبيع وعرضه على البائع
على البيع ولبسه وركوبه لحاجته وسكناه ومداواته رضى منه بالعيب والأصل
أن المشتري إذا تصرف في المبيع بعد ما علم بالعيب تصرف الملاك بطل حقه في الرد
لأنه دليل الرضى بالعيب والإمساك وكذا الإجارة والرهن والكتابة
والاستخدام مرة ثانية والعرض على البيع واللبس والركوب والسكنى والمداواة
بخلاف خيار الشرط فإن الركوب أو اللبس اختيار الملك ثم لأن خيار الشرط
شرع للاختيار فلو جعل ذا اختيارا للملك تفوت فائدة خيار الشرط وأما خيار
العيب فما شرع للاختبار وإنما شرع للرد ليصل إلى رأس ماله عند عجزه عن الوصول
إلى الجزء الفائت وقد تصرف تصرفا لا يحل بلا ملك فجعل دليل الرضى والإمساك
ولو ركب للرد على البائع أو لسقيها أو لشراء علفها لا يكون رضى استحسانا لأنه
محتاج في ردها إلى سوقها وربما لا تنقاد له ما لم يركبها وكذا في سقيها
وعلفها فالركوب لأجله لا يكون دليل الرضى منه وإنما يكون دليل الرضى إن
تركبها في حاجة نفسه وقيل تأويله إذا لم يمكنه الرد والسقي وشراء
العلف إلا بالركوب بأن كانت جموحا لا يمكن ضبطها إلا بالركوب ولهذا
ذكر في السير الكبير أن الجوالق للعلف إذا كان واحدا فركب لا يكون

رضى لأنه لا يمكنه حمل الجوالق الواحد إلا بالركوب حتى لو كان الجوالق اثنين
فركب يكون رضى وقيل الركوب للرد لا يكون رضى وإن أمكنه الرد بدون الركوب
لأنه يفضي إلى الرد وتعين ولا كذلك الركوب للسقي والعلف ولو قتل
المقبوض أو قطع بسبب كان عند البائع رد كل الثمن اعلم أنه إذا اشترى
عبدا فوجده مباح الدم بقود أو ردة أو قطع طريق فقتل عند المشتري
يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله يقوم مباح الدم ومعصوم
الدم فيرجع بفضل ما بينهما ولو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به المشتري
فقطع في يد المشتري له أن يرده على البائع ويرجع بكل الثمن عنده وقالا لا يرده ولكن
يرجع بنقصان عيبه فيقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما والحاصل
أن هذا بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن التلف وجد في
يد المشتري وضمانه إذ التلف حكم الإتلاف والإتلاف وجد في يد المشتري فيكون
التلف موجودا في ضمانه ضرورة وإنما الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل فإنه لا ينافي
المالية ألا ترى أن بيع مباح الدم صحيح وبالقبض ينتقل إلى ضمان المشتري حتى لو مات
تقرر الثمن على المشتري ولو تصرف فيه المشتري نفذ تصرفه لكنه يوجب نقصانا
وعيبا في المالية فيرجع بنقصانه عند تعذر رده كما لو اشترى حاملا وهو لا يعلم
فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل من الثمن ولا
يرجع بكل الثمن وإن كان أصل السبب في يد البائع وله أن المبيع استحق من يد
المشتري بسبب في ضمان البائع فينتقض قبضه كما لو استحقه مالك أو هلك
في يد البائع وهذا لأن السبب الموجود عند البائع أوجب استحقاق الفعل
واستحقاقه أوجب وجوده ووجوده أوجب فوته فصار ذلك مضافا إليه بحذف الوسائط
كما في شراء القريب والدليل على أن نسبة التلف إلى سبب الاستحقاق واجب
وأن المحل بحكم الاستحقاق يصير كالتالف أنه لو حصل سبب استحقاق التلف في
المغصوب في ضمان الغاصب فرده على المالك ثم قتل أو قطع بناء على ذلك السبب
يرجع المالك بكل القيمة أو بنصف القيمة على الغاصب ومسألة الحامل ممنوعة
ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البائع ثم يوجب انفصال الولد لا موت
الأم إذ الغالب عند الولادة السلامة ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري
فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما كما بينا وعنده لا يرده بلا رضى البائع
للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بجنايتين
وله في إحداهما حق الرجوع بنصف الثمن دون الأخرى فيتنصف النصف وإن قبله
البائع كذا يرجع المشتري على البائع بثلاثة أرباع الثمن أما بنصف الثمن فلرده
نصف الثمن والنصف الذي فات بالقطع أضيف تلفه إلى السرقتين بدليل

بطلان العصمتين فانقسم عليهما بصفين . وفي احدهما الرجوع فيتنصف
فلهذا يرجع عليه بثلاثة ارباع الثمن فان تداولته البيوع والايدي ثم قتل
او قطع عند الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق .
وعندهما هو بمنزلة العيب فيرجع الاخير على بايعه لانه لم يصر حابسا المبيع حيث
لم يبعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه صار بالبيع حابسا المبيع وهذا
اذا لم يعلم المشتري به فان علم به لم يرجع بشيء عندهما . لان العلم بالعيب رضي به
وعنده يرجع في اصح الروايتين لانه بمنزلة الاستحقاق عنده . والعلم بالاستحقاق
لا يمنع الرجوع . وفي رواية عنه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق
ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع . فلشبهه بالاستحقاق عند الجهل به
يرجع بكل الثمن . ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بهما . واذا
برئ البايع من كل عيب صح وان لم يسم العيوب . وليس له ان يرده بعيب
وقال الشافعي رحمه الله لا تصح البراءة من كل عيب ما لم يسم فيقول من
عيب كذا وكذا . وفي جواز البيع بهذا الشرط قولان . وعند
زفر رحمه الله يصح البيع ويبطل الشرط . والكلام في صحة شرط البراءة من
كل عيب بناء على صحة الابراء من الحقوق المجهولة كالديون . فعند الشافعي
رحمه الله لا يصح لان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه
بالاخطار والاسقاطات كالطلاق والعتاق صح تعليقها بالاخطار ولا يرتد
بالرد وهنا لو قال ابرأتك عن العيب او الدين ان فعلت كذا لا يصح وتمليك
المجهول لا يصح كبيع شاة من القطيع وعندنا يصح لان الابراء اسقاط يتم بلا قبول
كالطلاق والعتاق . ويصح بقوله اسقطت عنك ديوني . والجهالة في الاسقاط
لا تفضي الى النزاع وان كان في ضمنه التمليك باعتبار انه يرتد بالرد لانه لا يحتاج
فيه الى التسليم . والتسليم والجهالة بنفسه لا يبطل التمليكات بل بفوات التسليم
الواجب بالعقد لان ذلك يتحقق النزاع والمسقط متلاش لا يحتاج فيه الى التسليم
فالجهالة فيه لا تفضي الى النزاع فلا تكون مفسدة . وقد اجمعت الصحابة رضوان الله عليهم
اجمعين على جواز البيع بهذا الشرط . ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند
العقد والعيب الحادث بعد العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله . وعند زفر ومحمد رحمهما الله لا يدخل الحادث لان البراءة تتناول
الثابت فينصرف الى الموجود عنده دون الحادث . ولهما ان الغرض من هذا الشرط
انبرام العقد ولزومه على وجه لا يرد عليه النقض باسقاط حقه عن صفة السلامة
وذا لا يحصل الا اذا دخل الموجود عند العقد والحادث قبل القبض في البراءة فعلى
قول محمد رحمه الله اذا طعن بعيب وقال انه حادث . وقال البايع بل كان موجودا

وقت البيع

وقت البيع ووقت البراءة عنه فالقول للبايع لانه ينكر حق الرد عليه كما لو ابراه
عن كل دين ثم ادعى دينا حادثا يكون القول للمدعى عليه لان رب الدين يدعي الوجوب
بعد البراءة والمطلوب ينكره

فصل

قال مشتري العبد لمن ساومه اشتره فلا عيب
فيه ولم يسم فوجد به عيبا رده على بايعه ولا يبطله الاقرار السابق لانه مجاز عن
الترويج لعلمنا بانه لا يخلو عن عيب ما . فيتيقن القاضي بكذبه . ولو قال
لا عور به او لا شلل به لا يرد لاحاطة العلم به الا ان لا يحدث مثله بان قال ليس به
اصبع زايدة ثم وجد به اصبع زايدة له ان يرده لتيقننا بكذبه في الاقرار كقوله
لغيره قطعت يدك ويده صحيحة . ولو قال لاخر عبدي هذا ابق فاشتره مني فاشتراه
وباع من اخر فوجده المشتري الاخر ابقا لا يرد بما سبق من قول البايع الاول ما لم
يبرهن انه ابق عنده لان الموجود منه السكوت عند اقرار البايع الاول وهو الذي اقر
به واقراره ليس بحجة على المشتري الاول . ولو قال الاول بعتك على انه ابق رد المشتري
الثاني على المشتري الاول اذا ثبت قول الاول لان كلام البايع كان على وجه
الشرط فيكون القبول بذلك الشرط ايضا لانه جوابه فيكون الاول معادا فيه
فكانه قال اشتريت على انه ابق . ولو صرح به كان من المشتري الاول اقرارا
بوجود العيب كذا هنا . وكذا لو قال على اني بريء من اباقه لانه اضاف الاباق
اليه فيكون اقرارا بوجوده فيه . فاذا اثبته المشتري الاخر ببينة رده عليه . ولو
قال بعته على اني بريء من الاباق لا يرد المشتري الاخر عليه حتى يقيم البينة
انه باعه وهو ابق لانه لم يضف الاباق الى العبد فلم يكن عترافا بوجوده فيه
بل كان ذلك محتملا فلا يثبت حق الرد بالاحتمال . والخصومة في العيب انما
تصح بظهوره والظهور قد يكون عيانا كصدع الجدار والاصبع او السن الزايدة
وقد يكون بقول طبيب عدل كمرض باطن ولا يشترط العدد ولفظ الشهادة
ولا بد من العدالة . وقد يكون بقول حرة عدل كالحبل وعيوب الفرج . وقد
يكون باقامة الشهود كالسرقة والاباق والبول في الفراش والجنون فان ثبت كونه
في الحال رد ان لم يحدث مثله . وكذا فيما يحدث ان اقر البايع بكونه عنده فان
انكر حلف في الجنون انه ما جن قط وفي غيره ما سرق وما ابق وما بال في الفراش منذ
بلغ لان الجنون لا يختلف وغيره يختلف بالصغر والكبر لما مر ولم يحلف البايع
على وجود العيب عند المشتري ان انكر وجود العيب في بدنه عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يحلف وقد مر . والقول للبايع ان انكر حق الرد وان انكر اقر به
وادعى زواله لا . حتى لو ادعى المشتري رجوعا بالمشتراة وقال البايع كان لها زوج
فبانت منه قبل البيع وانكر المشتري فالقول للبايع لانكار الموجب للرد لانه لم
يثبت العيب . ولو قال بانت بعد العيب فالقول للمشتري لانه اقر بالموجب

وادعى الزوال • ولو قال كانت بيمناه بياضا فذهب وابيضت اليسرى عندك • وقال
المشتري بيسراه كانت بيضا فالقول للبايع لانه لم يقر بالعيب الذي ادعى •
ولو ادعى بياض عينيه فقال البايع كانت اليمنى بيضا فزال وحدث باليسرى
لم يصدق في الزوال فيصدق في انه لم يكن باليسرى عنده لانه في احدهما منكر
وفي الاخر مدع • ولو ابتاع عبدا في صفقتين بان اشترى نصفه بخمسين دينارا ثم
اشترى النصف الاخر بماية دينار وعلم بعيب فيه • وقال كان قبل التعيين
وقال البايع حدث عندك بعدهما فالقول للبايع لانه ينكر حق الفسخ وله ان يخاصم
في احدهما • اي لو قال المشتري احلفه في النصف الثاني واتوقف في النصف الاول
لاني اتيقن بالعيب عند البيع الثاني واشك فيه عند البيع الاول له ذلك لانه حقه
وكل نصف معقود عليه على حدته • ولهذا ابتعد بخيار الشرط والرؤية والقبول
فان حلف لزم وان نكل رده وله ان يستحلفه بعده في النصف الاول • ولو خاصمه في النصفين
له ذلك واقراره بالعيب في النصف الاول اقرار به في الثاني لان الاقرار حجة مطلقة
في حق المقر والعيب عند الاول يدل على وجوده عند الثاني • بخلاف العكس اي اقراره
به في الثاني لا يكون اقرارا به في الاول • لانه ليس من ضرورة وجود العيب عند
الثاني وجوده عند البيع الاول لجواز الحدوث بينهما ونكوله في احدهما ليس
بنكول في الاخر لانه اقرار ضروري فلا يتعدى عن موضع الضرورة • ولو خاصم
فيهما حلفه مرة واحدة • وكذا في كل موضع تجتمع الدعاوي على واحد • رجلان
باعا عبدا صفقة او صفقتين فمات احدهما وورثه صاحبه ووجد المشتري به
عيبا خاصمه في احد النصفين ان شاء • او في النصفين لكن حلف في نصيبه بالبتة
وفي نصيب مورثه بالعلم لانه يحلف على فعل الغير • وقال ابو يوسف رحمه الله
اذا كان البيع صفقة واحدة واراد رد كله وحلفه فيما باع على البتات
لا يحلفه فيما باع مورثه لان الخصم واحد والصفقة متحدة والدعوى واحدة
واليمين على البتات فتنوب عن الاخرى • بخلاف ما لو كان صفقتين لتصور الحلف
بينهما • وبخلاف ما لو كان حيا لتفاوت الناس في التفادي عن اليمين والمعاوضا
اذا باعا وغاب احدهما فهو كما بينا في الوارث على الاختلاف • باع الامام
او امينه غنيمة محرزة ووجد المشتري عيبا لا يرد عليهما لان الامين لا ينتصب
خصما ولكن الامام ينصب له خصما ولا تحلفه لان فايدة الحلف النكول
ولا فايدة في نكوله اذ لا يصح • واقراره فان برهن على العيب رد ما باع ويدفع الثمن
اليه والنقص او الفضل في محله اي ان نقص الثمن الاخر عن الثمن الاول ان كان المبيع
من اربعة الاخماس يعطى منها وان كان من الخمس يعطى منه وكذا الزيادة توضع
فيما كان المبيع منه لان الغرم بالغنم كما لو وجد المبيع حرا او استحق فانه

ان كان

مطلب مصرف بيت المال

ان كان من اربعة الاخماس يعطى العوض منها وان كان من الخمس يعطى منه • وبيت
المال اربعة احدها للزكوة والعشر والخمس • وهو للفقراء والمساكين وابناء
السبيل • وثانيها للخراج والجزية وما يوخذ من تجار الكفار والمستامنين وهو للغزاة
والقضاة والمفتيين والمحتسبة والموذنين وسد الثغور وبناء الحصون والمساجد
وكري الانهار العظام وما فيه صلاح دار الاسلام والمسلمين • وثالثها للتركات التي
لا يستحق لها وهو لنوايب المسلمين ونفقة المرضى واللقيط وعقل جناياته وكفن
الموتى وما يرى الامام من المصالح • وانما وجب ان يكون اربعة لان لكل مال منها
حكما يختص به لا يشاركه مال فيه اخر • فلو خلطه بغيره لا يمكنه صرفه الى مصرفه
مشتر قال اعتق البايع او دبر او ولد وهو حق الاصل وانكر البايع وحلف قضي
بالعتق والتدبير والاستيلاد ويرجع بالعيب ان علم به لان المبطل لم يخرج الة
عن ملكه الى غيره بانشائه او اقراره ولم يوجد • ولو قال باعه وهو ملك فلان
صدقه فلان واخذه لا يرجع بالنقصان لانه اخرجه عن ملكه في الظاهر باقراره
كانه وهبه ولا يعني به انه تمليك لكن التمليك يثبت مقتضى الاقرار ضرورة فيجعل
كانه ملكه بعد الشرا ثم اقر به • وان كذبه رده بالعيب لبطلان اقراره بتكذيبه
وكذا لو علم بالعيب ثم اقر به لفلان وكذبه رده لان الاقرار لا يدل على
استيفاء الملك • ولو قال كان لفلان اعتقه قبل شرايي من البايع وكذبه فيهما
اي في الملك والاعتاق رجع لانه يعتق على المشتري باقراره فصار كانشاء العتق منه
ولو صدقه فيهما او في الملك لا يرجع بالنقصان لانه ناقل في حقه • ولو قال كان
لفلان اعتقه بعد شرايي وصدقه او كذبه او دبره او ولده قبل الشرا او بعده
وصدقه او كذبه لا يرجع لانه اقر بعقد منعقد فكان ناقلا في حقه مصراعا باب
وزوجا خف ونحوهما شيان حقيقة وشي واحد حكما • لان المنفعة المطلوبة لا تحصل
الا بهما ولا يمكن اعتبارهما في تصرف واحد فجعلا شيين في تصرف حل باحدهما
ولم يوثر عيبا في الاخر كالقبض • حتى اذا قبض المشتري احدهما بغير اذن البايع
وهلك الاخر عند البايع تخير المشتري ان شا امسك الاخر بحصته من الثمن وان شا
رده وما يهلك يهلك على مال البايع لان المشتري بقبض احدهما لم يصر قابضا للاخر
لان قبض احدهما لا يوثر عيبا في الاخر بخلاف ما اذا قبض احدهما باذن البايع
وهلك الاخر فانه لا يخير لان الاذن اوجب استحقاق القبض له والقبض في احدهما
ما وجب لعينه بل للانتفاع وهو يقوم بهما فصار قبضهما مستحقا له • فجعل قبض
احدهما كقبضهما وها هنا ما صار مستحقا بل يجب نقضه لعدم الاذن ونقد الثمن
فلا يجوز تحقيق الحكم له فتعتبر الحقيقة والرؤية • حتى اذا راى المشتري احدهما ورضيه
ثم راى الاخر فلم يرضه فله الخيار • لان روية احدهما لا توثر في الاخر لانها لا تعرف

له حال الآخر فقد يكون أحد الخفين أجودهما أدمًا وأحسن صنعة إلا أنه إذا
أراد الرد فإما أن يردهما أو يمسكهما وليس له أن يرد الذي لم يره وحده دفعًا للضرر
عن البايع لأنه لا يبقى منتفعًا به على الوجه الذي يكون منتفعًا به مع الآخر وسا
واحد في تصرف حل بأحدهما وأثر في الآخر عيبًا كالإهلاك والتعييب فإن المشتري
لو استهلك المقبوض أو عيبه ولم يقبض الآخر حتى هلك في يد البايع هلك من مال المشتري
لو استهلك المقبوض لأن التعييب في أحدهما يؤثر في الآخر فصار كما لو قطع يد
المبيع قبل القبض فإنه يصير به قابضًا للكل كذا هنا. ولو عيبهما البايع أو أحدهما
بأمره صار قابضًا لهما لانتقال فعله إليه. ولو أتلف رجل أحدهما فلصاحبه أن يسلم
الآخر إليه ويضمنه قيمتهما لأنهما كشيء واحد في حق الانتفاع فكان كاستهلاكهما
معنى كما لو خرق ثوبًا خرقًا فاحشًا. ولو قبضهما المشتري ثم وجد بأحدهما
عيبًا ليس له أن يرد المعيب خاصة لما مر. رجل له طيلسان وقميص وللآخر خفان
وقلنسوة فأثبت بالبينة صاحب الخفين شراء طيلسانه وقميصه بخفيه. والآخر
شراء خفيه وقلنسوته بقميصه فنصف الخفين بالطيلسان ونصف القميص بالقلنسوة
ونصف خفيه بنصف القميص لأنهما اتفقا على الخفين والقميص. وإنما اختلفا
في بيع القميص الطيلسان والقلنسوة فصاحب الخفين يدعي شراء الطيلسان
بنصف الخفين وأثبته بالبينة فيقضى به. وصاحب القميص يدعي شراء القلنسوة
بنصف القميص وأثبته بالبينة فيقضى به ولذا صار كل الطيلسان بنصف الخفين
وكل القلنسوة بنصف القميص وبقي نصف الخفين بنصف القميص بتصادقهما
وثمرته في العيب إن وجد بأحدهما عيب رد بما يقابله حتى إذا تقابضا ثم وجد
بالقلنسوة عيب له ردها بنصف القميص وإن وجد بالطيلسان رده بنصف الخفين
وإن وجد بالخفين ردهما بالطيلسان ونصف القميص. وإن وجد بالقميص رده
بالقلنسوة ونصف الخفين. وهذا إذا كانت قيمة الكل سواء حتى يقسم بالسوية
باعه عبدًا أو وهب له عبدًا آخر وقبضهما ومات أحدهما. وأراد رد الحي بعيب
وقال المبيع هذا وقال البايع هو موهوب فالقول للبايع أنه موهوب. لأن القول
للمالك في بيان جهة التمليك ورجع فيه ورد ثمنه ورجع بقيمة الميت أي للبايع أن
يرجع في الحي وإن ادعى المشتري أن الموهوب ميت لأن التمليك صدر من البايع ويرجع
المشتري عليه بالثمن لأنا إنما جعلنا القول للبايع لأن تمليك العبد استفيد منه
وكما أن تمليك العبد من البايع فتمليك الثمن من المشتري فيقبل قول المشتري
في كيفية تمليك الثمن. والمشتري يزعم أنه ملكه الثمن بإزاء الحي والحي لم يسلم للمشتري
فلا يسلم للبايع ثمنه. ولكن إنما يرجع البايع في الحي بعد أن يحلف أنه ما باعه الحي
وكذا المشتري إنما يرجع بالثمن على البايع بعد أن يحلف أنه ما باعه الحي. وكذا لو

المشتري

المشتري إنما يرجع بالثمن على البايع بعد أن يحلف أنه ما اشترى الميت ويرجع
البايع على المشتري بقيمة الميت لأن البايع أقر أن الميت مبيع والثمن بإزايه
فإذا حلف المشتري لم يسلم له الثمن فيرجع بالمبيع وقد عجز عن رده بموته فتلزمه
القيمة. ولو اشترى عبدين ومات أحدهما وأراد رد الحي بالعيب فقال ثمنه
دراهم وقال البايع دنانير فالقول للمشتري لأنه المالك للثمن. ولو كان العبد
واحدًا فأراد رده بالعيب وقال البايع المبيع غيره فالقول له لأنه المملك.
المشتري إذا باع ما اشترى فجحد البيع المشتري الثاني وحلف على ذلك وعزم
المشتري الأول على ترك الخصومة ثم وجد الأول به عيبًا رده على بايعه لانفساخ
العقد بينهما بدون رضاه فعاد إليه قديم ملكه. وكذا لو تصادقا أن البيع فاسد
أو سمعة أو بخيار رؤية أو شرط له أن يرده على بايعه لأنه بتكرار إزالة الملك في السمعة
إذ بيع التلجية لا يزيل المبيع عن ملك البايع وكذا البيع الفاسد قبل القبض وكذا
البيع بخيار الشرط. وفي البيع بخيار الرؤية يعود إليه قديم ملكه لكون الرد فسخًا
من كل وجه حتى ينفرد به المشتري بلا رضى البايع ولو رد عليه بتجاحدا بعد ما
أقر بالبيع لا يرده لأنه رجوع عن البيع وهو إقالة وهي بيع جديد في حق البايع
الأول. وكذا لو جحد المشتري الثاني بعده. أي تصادقا أن البيع صحيح بات
ثم جعل أحدهما لصاحبه خيار الفسخ صح فلو وجد به عيبًا لا يرده لأن حق الفسخ
ثبت بتراضيهما بعد انبرام العقد فكان كالفسخ بالإقالة. وكذا لو أراد الرد
فأثبت البايع بالبينة بيعه من فلان أو أقر به ببيعه من فلان وهو غايب لا
يرده لأنه خصم في إثباته لما تعلق به من بطلان حق الرد. اشترى عبدًا وأمة
بمائة دينار وقبضهما ولم ينقد الثمن فقال اشتريتهما في صفقة وقيمة العبد ألف
وقيمة الأمة خمسماية وانقسم الثمن عليهما أثلاثًا وحصتها ثلثها وحصته ثلثاها
وقال البايع سمي لكل خمسون لا يتبع القاضي خصومتهما في الحال لأنه لا يفيد
إذ يلزم المشتري مائة دينار كيف ما كان. فإن علم بعيب العبد رده بخمسين
لاتفاقهما على أن الخمسين مقابل به وتحالفا في الأمة وترادا. لأن البايع يدعي
أن الخمسين مقابل بها. والمشتري يدعي أن ثلث المائة مقابل بها فقد اختلفا
في ثمنها وهي قايمة فتحالفا. قبض المشتري المبيعة بلا إذن البايع ونقد الثمن فولدت
في يد المشتري استردهما البايع. أما استرداد البايع الأمة فلأن له حق حبس المبيع
لاستيفاء الثمن. وأما استرداد الولد فلأن حق الحبس ثبت في الأم متوكدًا فيسري
إلى الولد كالرهن. فإن نقد المشتري الثمن قبل الاسترداد تقرر قبضه لحصول المقصود
ولا قسط له من الثمن لأنه ظهر أن الولد حدث بعد القبض المعتبر ولا يردهما بعيب
أما الولد فلأنه لم يرد عليه العقد والقبض ولا يرجع بالنقصان أيضًا لأنه لا حصة له

من الثمن وأما الإمام فللزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع وهذا لأنه لا يقدر
على ردها مع الولد لأن العقد لم يرد عليه فلا يرد عليه الفسخ لأن أحد الأصلين اتحاد
موردهما ولا يقدر على ردها بلا ولد لأنه لو ردها لردها بكل الثمن لأن
الولد الحادث بعد القبض لا يقابله شيء من الثمن لأنه لم يرد عليه العقد ولا
القبض الذي له شبه به فبقي الولد في يد المشتري مبيعا بلا ثمن وهو ربوا. فإن
استردهما البايع قبل نقد الثمن أخذ قسطا من الثمن لانتقاض قبضه من الأصل
وصار كأنه حدث في يد البايع. فلو كانت قيمة كل واحد منهما ألفا
يوم استردهما فبلغت قيمته الفين فنقد وقبضهما فعلم بعيب الأم ردها
بالعيب بثلث الثمن لأن قيمة الأم تعتبر يوم العقد وقيمة الولد يوم القبض لدخوله
في ضمانه بالقبض فلو وجد به عيبا رده بثلثي الثمن ولو وجد بهما عيبا
ردهما بكل الثمن. ولو ماتت الأم أخذ المشتري الولد بثلثي الثمن إن شاء. ولو
مات الولد أخذها بكل الثمن إن شاء. لأنه صار كأن لم يكن لفوات القبض
فبقي كل الثمن مقابلا بالأم وخير للنقصان. ولو نقصت الولادة مائة وقيمته
خمسون فاستردهما البايع من المشتري ومات الولد في يد البايع فالمشتري بالخيار
إن شاء أخذ الأم بكل الثمن لأنه لما فات الولد قبل القبض بقي كل الثمن مقابلا
بالأم وإن شاء ترك وضمن نصف عشر الثمن لأنه احتبس عند المشتري من الأمة بقدر
خمسين لأن النقصان بقدر المائة إلا أن بقدر الخمسين له جابر وهو الولد وقد
وصل الولد إلى يد البايع بقي المحتبس عند المشتري خمسون وذا نصف عشر الأمة فيتقرر
عليه نصف عشر الثمن. ولو ماتت الأم فإن شاء أخذ الولد بجزءين من أحد وعشرين من الثمن
لأنه لما بقي الولد إلى وقت القبض انقسم الثمن عليه وعلى الأم وقيمته يوم القبض خمسون
وقيمتها ألف يوم العقد فجعل كل خمسين سهما فكانت الجملة أحدى وعشرين سهما
عشرون منها حصة الأم وجزء حصة الولد سقط بموت الأم تسعة عشر لتأكد
سهم على المشتري وهو قدر نقصان الولادة. وسهم واحد بإزاء الولد فبأخذ
الولد ويؤدي سهمين من أحد وعشرين من الثمن سهمان بإزاء الولد وسهما
بإزاء النقصان. وإن شاء ترك وأدى جزءا من أحدى وعشرين جزءا من الثمن
وهو حصة ما احتبس عند المشتري بنقصان الولادة. وإن ماتا لزمه نصف عشر
الثمن لأنه لما مات الولد قبل القبض ظهر أنه لم يكن يقابله شيء من الثمن وأن
كل الثمن بمقابلة الأم فإذا ماتت الأم سقط كل الثمن إلا قدر ما احتبس عند
المشتري بسبب الولادة مما لم يكن الولد جابرا له وهو عشر الثمن. ولو لم يمت
أحدهما ونقد الثمن وقبضهما فإن علم بعيب الولد رده بجزءين من أحدى وعشرين
وإن علم بعيب الأم ردها بتسعة عشر من أحد وعشرين من الثمن. فلو استردهما

البايع

البايع من المشتري وقيمة الولد خمسون ونقصان الولادة مائة فصارت قيمته
خمسمائة في يد البايع فنقد المشتري الثمن وقبضهما وعلم بعيبهما ردها بتسعة
عشر جزءا من ثلاثين جزءا من الثمن لأنه لما بلغت قيمته قبل القبض خمسمائة انقسم
الثمن عليهما. والمعتبر في الانقسام قيمة الولد يوم القبض وهو خمسمائة وقيمة الأم
يوم العقد وهو ألف. ونقصان الولادة خمسون لا يختار نصف النقصان بالولد
فجعلنا كل خمسين سهما فصار الولد عشرة والأم عشرين وتأكد على المشتري
خمسون بسبب الولادة. ولو ردهما بالعيب رجع بتسعة وعشرين من ثلاثين
جزءا. لأن سهما واحدا وهو قدر خمسين تأكد على المشتري بسبب نقصان
الولادة. وإن كان البايع استردها دون الولد فقيمة الولد تعتبر يوم أخذها
فإنما يعتبر الولد في الانقسام مع أنه لم يقبضه. لأن البايع كان بسبيل من
أخذهما فلما أخذها وتركه جعل كأنه اقبضه. لأنه بالترك أكد يد المشتري
على الولد. وللتأكيد حكم الإثبات فلا يرد الولد بعيب لأن الرد بالعيب
لدفع الغرور وإذا البايع بالبيع التزم تسليم المبيع سليما لاقتضاء مطلق العقد السلامة
فإذا سلم معيبا فقد صار المشتري مغرورا. ولا غرور فيما إذا لم يأخذ البايع الولد
من المشتري. لأن البايع هنا ما التزم تسليم الولد لا سليما ولا غير سليم لأنه ما
حدث كان في يد المشتري إلى وقت وجود العيب. بخلاف ما إذا أخذهما البايع
لأنه التزم تسليمه بحكم العقد والعقد يقتضي التسليم سليما. فإذا سلمه معيبا
فقد تحقق الغرور. فإن قوم على ذلك ووجد بالأم عيبا وردها على ذلك ثم علم
بالولد عيبا قديما بما ينقصه خمسمائة نقضت القسمة لتبين الغلط في الانقسام
وإن استردهما البايع ثم قبضهما المشتري بعد نقد الثمن ورد الأم بعيب
وقسم الثمن عليهما وعلى قيمته يوم قبضه المشتري أحرا ثم علم بعيب به لم ينقض تلك
القسمة. والفرق أن الولد صار مقصودا بالقبض فاستحق السلامة كأن العقد
وقع عليه والمعتبر في تقويم المستحق بالعقد الظاهر لا الحقيقة. بخلاف استرداد
الأم وحدها لأن القبض لم يوجد في الولد فلم تصر صفة السلامة مستحقة. وإنما
يثبت له حصة ضرورة صحة الاسترداد. فإن استرد البايع الولد دون الأم فنقد
المشتري الثمن وأخذ الولد له أن يرد الولد بعينه وليس له أن يرد الأم بعينها
لأن نقصان الولادة عيب حادث في يد المشتري ولكن يرجع بنقصان العيب
ولو لم تلد عند المشتري فاعورت فاستردها فنقد وأخذها وعلم بعيب قديم
ردها بنصف الثمن لأنه صار مستوفيا نصفها إذ العين من الآدمي نصفه وقد
ضمنها بالقبض لغير حق. ولو قبض المشتري المبيعة بغير إذن البايع قبل نقد الثمن
وباعها من آخر وسلم وغاب المشتري الأول فأراد البايع الأول الاسترداد منه

فلا خصومة بين البايع الاول وبين المشتري الثاني اذا كذبه لانه لا يدعي حقا
قبله الا ان يصدقه لانه اقر بثبوت حق الاسترداد للبايع فيؤخذ باقراره •
واسترد ان كانت قايمة او ضمن ان كانت هالكة لانه كغاصب الغاصب
وقد عجز عن رد العين فيجب رد قيمتها • وانفسخ البيع الثاني لان قبضه كان
موقوفا فبرد الاصل او الخلف يبطل من الاصل فصار بيع المبيع قبل القبض • فان
حضر المشتري الاول ونقد الثمن اخذ تلك القيمة وسلمت له كما لو اخذ الامة
لانتقاض البيع الثاني • وان هلكت القيمة عند البايع الاول انفسخ البيعان
كما لو استرد العين فهلكت لانتقاض القبض بالاسترداد • والمشتري بالتغييب
يصير قابضا دفعا للضرر عن البايع ولهذا لو فعله في ملك الغير يصير غاصبا •
فان هلك قبل ان يمنع البايع هلك على المشتري لانه هلك بعد قبضه ولم يوجد
من البايع ما يوجب نقضه • وان هلك بعد منعه هلك على البايع لانه صار مستردا
بهذا الفعل فانه يصير به غاصبا كما لو منع ولد المغصوبة او منع الود بعد
عند طلب المودع • فلزمه حصة نقصان العيب لان البايع لم يسترد ذلك القدر
لكونه هالكا فبقي محبوسا عند المشتري فتقرر عليه حصته • ولبسه وركوبه
استرداد لان الاجنبي به يصير غاصبا كما لو دام على الركوب واللبس بعد ما
مضى مدة الاعارة • لا حفظ اللجام والسكنى لان الاجنبي لا يصير غاصبا بهما •
وعند محمد رحمه الله يصير مستردا بالسكنى لان الاجنبي يصير به غاصبا
عنده • اشترى عبدا بالف وقبضه ولم ينقد الثمن وعليه الف دين فمات ولم
يترك مالا غيره فرده وصيه بعيب لا ينقضه غريمه لان الرد بالعيب بغير قضا
بيع والوصي يملكه • ولكن ياخذ الوصي من البايع نصف الثمن ويدفعه
الى الغريم لانه كالبيع الجديد • ولو باع هذا العبد ابتداء من البايع له ان
ياخذ نصف الثمن منه فيدفعه الى الغريم كذا هنا • ولو رفعه الوصي الى
القاضي ان علم بالدين لا يرد لانه فسخ فيعود اليه قديم ملكه فصار كانه
لم يبع فيبطل به حق الغريم • وان لم يعلم رده لان الموجب للرد قايم • وقيام
دين اخر موهوم فلا يمتنع الرد • فان حضر الغريم واثبت دينه بالبينة خير
البايع بين ان يرد نصف الثمن ويمضي الفسخ وبين ان يفسخ الرد فيباع في دينهما
لانه مكره في الرد فيخير كالمكره في الشرا له الخيار لعدم الرضا • ولو هلك
في يده او دبره او كاتبه او حدث به عيب غرم البايع نصف الثمن لامتناع الرد
بهذه الاشيا • وكذا المريض الا ان القاضي يرد وان علم بدينه • وتعين رده بعيب
يسير • بخلاف الوصي اي لو اشترى صحيح عبدا بالف وقبضه ولم ينقد الثمن ثم رده
في عيب بمرضه بغير قضاء ومات وعليه دين فالجواب فيه كالجواب في الوصي

اذا رد

اذا رد بغير قضاء • لان حق الاخر تعلق بماله وهو لا يملك ايثار بعض الغرما كالوصي
ولو خاصمه الى القاضي يقضي بالرد على البايع علم بدين اخر او لا • لانه تحقق السبب
وحق الثاني انما يتعلق بتقدير انه مرض الموت • وهو موهوم بخلاف الوصي لانه
رد بعد الموت وحق الغريم تعلق بمال الميت بيقين • فلو رده القاضي عليه ثم
مات المشتري من مرضه فالجواب فيه كالجواب في الوصي اذا رد بقضاء
ولا يعلم القاضي بدين اخر ثم ظهر دين اخر لانه لما مات ظهر انه مرض الموت
وحق الغريم تعلق به الا انه ان كانت قيمته اكثر من الثمن ينقض الفسخ ويباع
العبد ويقسم بينهما ولا يخير البايع • سواء كانت المحاباة كثيرة او يسيرة
بخلاف الوصي لانه امين فما لم يتحقق منه الجناية يكون عفوا الا المحاباة لدخوله
تحت التقويم • اما المريض فليس بامين على الوارث والغرما فلا يجوز منه المحاباة
وان قلت لانها وصية وعليه دين محيط • ونظيره المضارب فان بيعه بمحاباة وان
قلت لانها وصية يصح • ورب المال لو فعل ذلك لا يصح على المضارب • عبد
في يد رجل ادعاه اثنان كل واحد انه باعه من ذي اليد بكذا ولم ينقد الثمن وبرهنا
سلم المبيع لذي اليد بالثمنين لكل واحد منهما ثمن هذا العبد على المشتري بان اشتراه
من احدهما ولم ينقده الثمن فقبضه وباعه من الاخر ثم اشتراه منه ثانيا فيجتمع
عليه الثمنان لهما • وكذا لو ذكرا نتاجا اي قال انه عبده ولد في يده وباعه منه
لان الدعوى في الثمن والكل فيه سواء • وان وجد به عيبا رد بالعيب على واحد منهما
لان كل واحد منهما مقر بان له حق الرد عليه • ولا يرد عليهما لان محل الرد هو المبيع
وهو متحد فلا يمكن القضا بالرد عليهما • ويرجع بالنقصان عليهما • اي ان رجع
بالنقصان على احدهما له ان يرجع بالنقصان على الاخر الا ان ياخذ معيبا لان في
زعم كل واحد ان للمشتري حق الرجوع بالنقصان عليه • وحق استرداد كل
الثمن من صاحبه • فاذا اخذ من صاحبه قدر النقصان فقد اخذ منه بعض حقه بخلاف
الرد لان في زعمه ان الرد مستحق عليه لا على صاحبه فاذا رد على صاحبه مع انه
ليس له حق الرد عليه فكانه ملكه منه ابتداء فبطل حق الرجوع بالنقصان • كما
لو مات او قطع اي لو مات العبد في يد المشتري ثم علم بعيب قديم رجع به عليهما
بنقصان العيب لتعذر الرد بالموت • وكذا لو لم يمت ولكن قطعت يده واخذ
ارشها ووجد به عيبا رجع بنقصانه عليهما ولا يملك الرد عليهما ولكن لا يملك احدهما
اخذه • لان الزيادة المنفصلة تمنع الرد فيرجع بالنقصان عليهما • ولو تناسخا وسبق
تاريخ احدهما رد بالعيب على الاخر كان ذا اليد اشتراه من الاول ثم باعه من الثاني
ثم اشتراه منه • ومن اشترى شيئا ثم اخرجه عن ملكه الى غيره ثم اشتراه منه ثانيا
ثم وجد به عيبا كان عند البايع الاول يخاصم في الرد والرجوع بالنقصان •

مع الثاني دون الاول كذا هنا. بخلاف المسئلة المتقدمة لانه لم يظهر ثم سبق
احد الشراءين فلم يكن احد المدعيين بان يجعل مانعا اولى حتى تمتنع الخصومة
معه في العيب اولى من الاخر فيثبت له حق الخصومة معهما ولا كذلك هنا
وقضي بالثمنين لما مر وهنا احق. ولو كان العبد في ايدي المدعيين او في يد
احدهما فاقام احدهما بينة انه باعه من بكر بالف واقام الاخر انه باعه
من بكر بمائة دينار وذكر القبض قضي بالثمنين على بكر واخذ العبد. لان
البيع مع التسليم يكفي لاستحقاق الثمن والعبد في يد من هو في يده بالغصب
وبعدمه قضي بالنصف. اي ان كان العبد في ايديهما ولم يبينا على القبض
قضي بنصف الثمن لكل واحد. لان الثمن بازاء تسليم المبيع وقد وجد في النصف
فيستحق النصف ويخير لتفريق الصفقة. وان كان في يد احدهما واقاما على البيع
بينة دون القبض والعبد للخارج لانهما لا يستحقان الثمن الا بعد اثبات الملك
في العبد واحدهما ذو اليد والاخر خارج فكان اولى فياخذ ويدفع الى بكر
ويأخذ الثمن. مسلم اشترى عصيرا فتخمر العصير عند المشتري. او تبايع نصرانيان
في خمر فاسلم مشتري الخمر لم يرد بالعيب لان الرد تمليك وتملك. ويرجع بالنقصان
لتعذر الرد لا بصنعه. ويرد برضاه لو صار خلا. لان عين المبيع قايم وانما
تغير صفته وامتنع الرد بحقه. لان العصير يصلح لاشياء لا يصلح الخل لها. بخلاف
ما لو رضي باخذ الخمر. لان الامتناع ثم لحق الشرع فلا يبطل بتراضي العاقدين
كسب المبيعة في البيع البات قبل القبض ملك المشتري بكل حال عند ابي حنيفة رحمه الله
تم العقد او نقض بموتها قبل القبض او بالرد بخيار عيب او رؤية لحصوله في حال
قرار ملك الاصل للمشتري وعندهما موقوف. ان تم البيع فهو للمشتري وان انتقض
المبيع بما ذكرنا ككسب المغصوب. ولم يطب لانه حصل في ضمان البايع
ولا قسط له من الثمن لما مر. ولو فسخ البيع بخيار عيب او رؤية عند المشتري
فالكسب للبايع تم الفسخ او انتقض. وعندهما يتوقف ان تم الفسخ فكذلك
وان انتقض فهو للمشتري وصار المشتري هنا نظير البايع ثم. واتلاف الكسب
بعد ما علم المشتري بالعيب لا يكون رضى به لانه ليس بجزء من الاصل بخلاف
الولد فانه اذا استهلكه يكون رضى لانه جزؤه. والولد يرد مع الاصل
اجماعا. لان الجزء تبع للكل. وكسب المبيعة بعد القبض والخيار للبايع
موقوف عندهم لان الخيار وان منع زوال المبيع عن ملك البايع فللمشتري فيه
سبب الملك فيتوقف ان تم البيع فهو للمشتري وان انتقض فهو للبايع. وطاب
له ان نقض لحصوله في ملكه. وان كان في ضمان المشتري لانها مضمونة
بالقيمة وكذا الاينا في طيب الكسب كمغصوبة ردت مع كسبها الى المالك يطيب الكسب

للمالك وان حصل في ضمان الغاصب. ولا يطيب للمشتري وان تم البيع لحصوله
في ملك البايع. وان اتلفه البايع او المشتري لم يضمن فيهما. اما اذا اتلفه البايع في
المسئلة الاولى فلا يضمن فيهما عند الكل اما عندهما فظاهر اذا انتقض العقد
لانه اتلف ملك نفسه. وان تم العقد فهو يشكل على قولهما. لانه اتلف ملك المشتري
وعلى قوله يشكل بكل حال لانه اتلف ملك المشتري بكل حال لكنه اتلفه في حال لو
اتلف الاصل لا يضمن القيمة بل يسقط الثمن عن المشتري والكسب لا حصة له من الثمن
ولا يمكن تضمين الكسب بالقيمة لئلا يكون التبع مخالفا للاصل. واما اذا اتلفه
البايع في المسئلة الثانية فلا يضمن ايضا عند الكل تم العقد او انتقض. اما اذا
انتقض فلانه اتلف ملك المشتري في حال لو اتلف الاصل لا يضمن القيمة فكذا اذا
اتلف الكسب. واما اذا اتلفه المشتري في المسئلة الاولى فلا يضمن بكل حال عندهم
اما اذا تم العقد فلانه اتلف ملك نفسه عند الكل. فان انتقض فكذلك عنده
وعندهما وان اتلف ملك البايع. الا انه في حال لو اتلف الاصل لا يضمن بل يتقرر
الثمن عليه فكذا اذا اتلف الكسب. واما اذا اتلفه المشتري في المسئلة الثانية فلا
يضمن عندهم ان تم العقد لانه اتلف ملك نفسه. وان انتقض العقد فكذلك
عنده لانه اتلفه في حال كان الاصل في يده مضمونا عليه بالقيمة وهذا يمنع ضمان
الكسب عنده اصله الغاصب اذا اتلف كسب المغصوب ثم رد المغصوب على المالك
عندهما يضمن الكسب وعنده لا يضمن وعندهما يضمن قيمة الكسب اذا انتقض العقد
لانه اتلف الكسب في حال لو اتلف الاصل يضمن القيمة فيضمن الكسب وكسب المبيعة
بعد القبض والخيار للمشتري موقوف عنده. لان خيار المشتري يمنع دخول
المبيع في ملكه. وعندهما هو ملك للمشتري لحصولهما في حال قرار ملكه. ولو
اكتسبا وولدت قبل القبض والخيار للمشتري فقبضهما المشتري فهو موقوف عندهم
اما عنده فللخيار واما عندهما فللحدوث قبل القبض فان اتلفه المشتري لم يضمن
بكل حال. اما اذا تم العقد فلانه اتلف ملك نفسه وان انتقض فكذلك عندهما
وعنده ان اتلف ملك نفسه وان انتقض فكذلك عندهما. وعنده وان اتلف ملك
البايع لكن في حال لو اتلف الاصل لا يضمن القيمة فكذا لا يضمن الكسب. وان اتلفه
البايع ضمن ان تم العقد وان نقض لا يضمن لانه اتلف ملك نفسه وهذا عنده
وعندهما يضمن بكل حال لانه اتلف ملك المشتري في حال لو اتلف الاصل يضمن
القيمة فكذا يضمن الكسب. الوطي قبض اي لو وطي المشتراة قبل القبض صار قابضا
بالوطي لوجود الاستيلاء حسا. ويسترد البايع لو كان بلا امره لانه كان له
حق الحبس لاستيفاء الثمن فكان له حق الاسترداد. ويردها بعيب لو نقد الثمن
وقبضها من البايع. وان كان مطلق الوطي مانعا من الرد عندنا باجماع الصحابة

رضي الله عنهم خلافا للشافعي رحمه الله في وطي الثيب لانه لا يوجب نقصانا • لان البايع
لما استردها انتقض القبض فيبطل حكم الوطي كما لو حدث بها عيب عند المشتري
فاستردها البايع لاجل الثمن بطل حكم ذلك العيب حتى لا يكون مانعا من الرد بعيب اخر
كذا هنا • كالتصرية اي لو اشترى شاة مشدودة الضرع ليجتمع لبنها فظن
انها غزيرة اللبن فحلبها فوجدها قليلة اللبن ليس له ان يردها عندنا لوجود ما يمنع
الرد هنا وهي الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل • وعند الشافعي رحمه الله له
ان يردها لان الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب عنده • ويرد اللبن ان كان قايما
وصاعا من تمر ان كان هالكا لانه مغرور من جهة البايع ولنا انه مغتر لا مغرور
لان الانتفاخ يحتمل الغزارة والتصرية • ولو وطي البايع قبل القبض لا عقر عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله لان المستوفى بالوطي في حكم الجزء وسائر الاجزا غير مضمون عليه بضمان
القيمة فكذا هذا الجزء ولا يمكن جعله مضمونا بالثمن لانه لا حصة له من الثمن • وكذا
الراهن اذا وطي مرهونته ثيبا لا عقر عليه لان حق المرتهن في ماليتها فكانت منفعتها خالص
ملك الراهن • ولا خيار للمشتري لانه ليس بعيب في الثيب • حتى لو اشترى امة ثيبا على ان البايع
لم يطاها فبان انه وطيها ليس له ان يردها • ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم يجب العقر
على البايع يجب على المشتري كل الثمن وعندهما يسقط عنه حصة العقر من الثمن فيقسم
الثمن على قيمتها وعلى العقر • فما اصاب العقر يسقط • ولو كانت بكرا اسقط عن
المشتري حصة البكارة عند ابي حنيفة رحمه الله لا غير وعندهما ينظر الى نقصان
البكارة والى العقر فيجب اكثرهما ويدخل الاقل في الاكثر لتعذر الجمع
بينهما لاتحاد المضمون ثم يقسم الثمن على قيمة الامة ناقصة وعلى الاكثر • فما اصاب الاكثر
يسقط عن المشتري من الثمن ويلزم الباقي حتى لو كانت قيمة الامة الفا والثمن الفا
والنقصان مائة والعقر مائتين يقسم الثمن على قيمتها ناقصة وهي تسعمائة وعلى الاكثر
وهي مائتان فصار احدى عشر سهما يسقط سهمان ويجب الباقي • ولو اشترى امة
واحدى عينيها بيضاء او سنها ساقطة او سوداء عالما به فزال في يد البايع فعاد
كما كان لم يخير المشتري لانه استحقها بالبيع متعينة بهذه العيوب وقبضها
كذلك • وعن ابي يوسف رحمه الله في عود بياض العين يخير لانه لما انجلى البياض
الاول بان انه كان غلطا لان البياض قلما يزول فاذا تعيب فله الخيار • فان قبضها
المشتري بيضاء العين فانجلى البياض عند المشتري لا بفعل احد لا يرد به • ويرد
بعيب اخر قديم وان لم يعد البياض لا يرد بالقديم لان حدوث الزيادة في يده
مانعا من الرد • فاذا عاد زال المانع من الرد بالعيب القديم • وهذا كمبيعة ولدت
في يد المشتري لا ترد بعيب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • ولو مات الولد يرد
ولو عاد البياض بفعل المشتري لا يرد لان الزيادة قايمة حكما لانه حبس جزءا منها •

حتى يرضى

حتى يرضى البايع لان امتناع الرد لحق البايع وان كان بفعل غيره لا يرد لان الزيادة
قايمة حكما حيث غرم الارش • ولكن يرجع بالنقصان فان رضي البايع لا يرد ايضا
لان امتناع الرد لحق الشرع باعتبار الزيادة • اشترى نخيلا فاثمرت عنده فهلك الثمر
بآفة سماوية يرد بالعيب • وان اكله البايع لا يرد بالعيب • غصب امة بيضاء العين
فانجلى البياض في يده ثم عاد البياض فردها لم يضمن شيئا لانه ردها كما غصب كما
لو غصب امة بها حمى فزالت الحمى ثم عادت والسبب متحد فردها لا يضمن لانها
عين الاولى • وان كانت الثانية بسبب اخر ضمن النقصان لانها غير الاولى كالحبل
اي لو غصب امة حاملا فولدت ثم حبلت عند الغاصب فردها ضمن نقصان الحبل
لان الحبل الثاني بسبب اخر فكان غير الاول • اشترى امة بيضاء العين عالما به
وقيمتها الف فانجلى البياض عند البايع وصارت قيمتها الفين فولدت ولدا قيمته الف
ثم قبضها المشتري يقسم الثمن بينهما نصفين اعتبارا بقيمة الام يوم العقد وبقيمة
الولد يوم القبض • اعني ان حدث ضرر عند عينيها في يد البايع وعاد البياض فدفع بعينها
ثم قبض الكل يقسم الثمن على قدر قيمتهم • يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد
والمدفوع يوم القبض • ولو كانت سليمة يوم العقد فولدت ولدا او ضرب عبد عينها
فابيضت ودفع العبد بعينها وقبض الكل يقسم الثمن بين الام والولد فما اصاب
الام يقسم بينها وبين العبد المدفوع نصفين قلت قيمته او كثرت • لان
العبد هنا قام مقام العين والعين كانت اصلا لانها استحقت بالعقد فكان
حكمها حكم نصف الامة اذ العين من الآدمي نصفه والعين ثم كانت زيادة لانها
غير مستحقة بالعقد فكانت كالولد • ولو اشترى عشرة اثواب على خمسة منها ملاساعه
وخمسة منها شقاق فوجد ستة شقاقا قبل قبضها رد الكل او قبض الكل بكل الثمن •
وبعد القبض رد شقة واحدة اي شقة سادسة بحصتها من الثمن لان فوات المشروط
كالعيب وفي العيب ان كان قبل القبض رد الكل او امسك الكل وبعد القبض
رد البعض دون الكل فكذا هنا • وتعيينها اليه لان الرد حق المشتري • ولا يتوصل
الى الرد بالتعيين فكان التعيين اليه • وقال ابو يوسف رحمه الله التعيين الى
البايع لان تسليم المبيع على الوصف المشروط عليه • فلو عين شقة للرد صح فلو هلكت
تلك او تعيبت لم يرد غيرها ورجع بنقصان العيب • ولو اشترى قفيزا من صبرة
فتعيبت الا قفيزا تعين مبيعا • لان تسليم المبيع واجب على البايع ولا يمكنه تسليم
المعيب فيتعين السليم ضرورة • ولو تعيبت الشقاق الا واحدة لم تتعين هذه الواحدة
للرد لان الرد حق المشتري والتعيين اليه فلا يتعين الا بتعيينه • ولو اشترى عشرا
على ان خمسا منهن ابكارا وخمسا ثيبا فوجد ستا ثيبا فهو كما مر ولو اشترى عبدا
على ان به عيبا ولم يعينه صح العقد والشرط لان جهالة العيب لا تمنع صحة البراءة

لانه اسقاط • فان وجد به عيبا واحدا لا يرده ولزمه لحكم الشرط • وان رده لعدم البراءة عن الزائد • وان تعيب عنده رجع بالنقصان فيقوم وبه عيب بعينه المشتري ويقوم وبه العيبان فيرجع بفضل ما بين ذلك من الثمن • وكذا لو اشترى عبدين على ان باحدهما عيبا فوجد باحدهما عيبا لم يرده • ولو وجد عيبا آخر رده • ولو وجد بهما عيبا رد ايا شاء لان عيب احدهما موجب للرد وخيار التعيين اليه هذا اذا وجد العيب بهما بعد القبض ولم يعلم به وقت القبض • ولو قبض احدهما عالما به ان علم بعيب الآخر صار راضيا والا لا • وقبل القبض ردهما او قبضهما تفاديا عن التفريق ولو اشترى عبدين على انه بريء عن كل عيب بهما فقبضهما فاستحق احدهما وعلم بعيب الآخر قسم الثمن عليهما صحيحين ورجع بحصة المستحق • ولو اشترى عشرة اثواب على ان خمسة منها لا عيب بها وعلى ان البائع بريء عن ثلاثة عيوب بكل ثوب من الخمسة الاخرى صح فلو وجد ستة معيبة رد واحدا منها ايا شاء لعدم البراءة عن السادس • وكذا ان وجد اربعة بعينه في واحد من الخمسة لعدم البراءة عن العيب الرابع • مانع البيع كالكتابة ونحوها منع الرد بالعيب لان في البيع نقل الملك بعوض كما في الرد بالعيب • مكاتب اشترى اباه او ابنه او ام ولده وولدها منه او عبدا فكاتبه ثم وجد به عيبا لا يرد بعيب لان الكتابة او امومية الولد يمنع البيع فيمنع الرد بالعيب ولا يرجع بنقصان العيب في الكتابة لان الاصل هو الرد والرجوع بالنقصان بدل عنه والرد مرجو بانفساخ الكتابة • وفي ام ولد يرجع بنقصان العيب لتحتم المانع من الرد • ورد بعجزه اي ان عجز المكاتب الاعلى حتى صار الكل رقيقا عاد حق الرد بالعيب لزوال المانع من الرد • فالمكاتب هو الذي يلي الرد لانه العاقد • وحقوق العقد ترجع الى العاقد والرد بالعيب من حقوق العقد • وان باعه المولى بعد عجزه او مات المكاتب فالرد لسيده كالوكيل بالبيع اذا مات فان الحقوق ترجع الى موكله وصح ابراء المكاتب عن العيب قبل عجزه لان صحة الابراء تعتمد قيام الحق وحق الرد قائم الا انه امتنع الاستيفاء لمانع فصار كالابراء عن الدين المؤجل • وصح ابراء سيده في ابيه وابنه لدخولهما تحت كتابته كما صح اعتاقه • ولو ابراه في عبده وام ولده لا يصح كما لا يصح اعتاقه • لان الملك فيهما للمكاتب دون المولى ولم ينفذ ذلك الابراء بعجزه لوقوعه باطلا ما لم يجدد الابراء بعد العجز فحينئذ يصح لقيام الملك بعد العجز • وكذا ان حرر كسب المكاتب فعجز او حرره عند موته او حال حياته او ابرا موته عن العيب ثم مات المورث فورثه لا ينفذ ذلك لما بينا • مكاتب باع عبده من سيده فعلم سيده به عيبا لا يرده لانه لا يفيد • وكذا لو باع عبدا من مورثه ومات مورثه فورثه البائع لا يرد لانه لو رد لرد على نفسه • ولا يرد على البائع الاول في المسئلتين لقيام الواسطة المانعة وهو بيع المكاتب وبيع الابن من الاب

وبعكسه

وبعكسه رده لانه مفيد • ولا يستحيل وجوب الدين للوارث على مورثه فيستحيل وجوب الدين للمورث على الوارث اذا لم يكن له وارث آخر سواه • ونصب وصي عن الميت ورد الوارث عليه • فان قيل لانه يرجع في تركة ابيه وهي سالمة له • قلنا سلم له انتفاعا بدينه لا ارثا وفيه فائدة بان لا يزاحمه وارث آخر او غريم لو ظهر • واذا صح الرد على الوصي فهو يرد على البائع الاول ويأخذ الثمن منه ويدفعه الى الوارث • عبد مأذون مديون باع عبده من سيده بمثل قيمته وقبضه فعلم المولى بعيب في العبد فان كان الثمن منقودا او كان دينا بان كان دراهم او دنانير او مكيلا او موزونا غير عين او كان عرضا لكنه هلك في يد العبد حتى صار دينا لا يرده لانه لو رده لرده مجانا • اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا • مديونا كان او غير مديون وان رده اي وان لم يكن الثمن منقودا او كان منقودا ولكنه عرض قائم في يد العبد رده • اما اذا لم يكن منقودا فلانه يدفع بعد الرد ومطالبة المأذون عن نفسه لانه لا يجوز ان يكون للمأذون المديون دين على المولى • واما في العرض القائم في يده فلانه يسترد العين الى يده وليس فيه ايجاب دين على العبد • ويجوز ان يكون للمولى في يد عبده المأذون شيء يملك استرداده • ورد قبل القبض مطلقا اي في الوجوه كلها • لان الصفقة لم تتم قبل القبض فكان الرد قبل القبض امتناعا عن اتمام الصفقة فكان كالرد بخيار الشرط والرؤية وذا يصح بكل حال • وهذا لان الرد قبل القبض فسخ محض لا يفتقر الى القضاء اذ لا الزام فيه وبعد القبض قد تمت الصفقة لثبوت ملك الرقبة فكان الرد بقضاء للعقد الذي تم بتراضيهما فلا يصح الا بالقضاء والقاضي لا يشتغل بما لا يفيد • ولان الفائت وصف لا قسط له من الثمن قبل القبض وانما يأخذ قسطا من الثمن اذا صار مقصودا بالامساك عند قبض المشتري • حتى لو اشترى عبدا فوجد به عيبا فصالح من عيبه على امة قبل القبض لم تكن الامة عوضا عن العيب بل كان زيادة في اصل البيع حتى كان الثمن منقسما على الامة والعبد على قدر قيمتهما حتى لو وجد باحدهما عيبا رده بحصته من الثمن • ولو كان الصلح بعد القبض كانت الامة عوضا عن العيب حتى لو وجد بها عيبا ردها بحصة العيب من الثمن • وكذا الوكيل بالشراء اذا رضي بالعيب قبل القبض صح ولزم الموكل • ولو رضي به بعد القبض لا يصح ولزم الوكيل لان قبل القبض لم تجب للعبد حصة من الثمن على البائع وبعد القبض وجب حصة العيب على البائع فبطل اسقاطه في حق الموكل • باع عبدا ووهب ثمنه للمشتري او ابراه ثم وجد عيبا رد قبل قبضه بالعيب لانه فسخ محض لا بعده لانه لا يفيد • مكاتب اشترى امة فحاضت فعجز ان دخلت في كتابته لا يجب الاستبراء والا وجب • اعلم ان المكاتب اذا اشترى امة وقبضها فحاضت عنده حيضة فعجز لا يطؤها المولى حتى يستبريها • لان المولى انما ملكها

بعد عجز المكاتب. لان من يملك الحل يملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف في كسبه قبل العجز. وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب فلذا لزمه استبراء جديد. ولو ملك المكاتب امة او ثيبة ثم عجز لا يستبرئها المولى اذا حاضت عند المكاتب لبكاستها عليه ومن دخل في كتابته فهو مملوك للمولى حتى ينفذ عتقه فيه حتى كما ينفذ في المكاتب. وكما ان المكاتبة اذا عجزت لا يستبرئها المولى فلذا لا يجب عليه الاستبراء في امة صارت مكاتبة معه. ولو ملك المكاتب اخته او ذات رحم محرم منه يستبرئها المولى بعد العجز عند ابي حنيفة رحمه الله كما في الاجنبية لانها لا تكاتب عليه عنده وعندهما لما تكاتبت عليه صارت كامه ونفسه. باع عبدا على انه خباز او كاتب او امة على انها بكر او تمرا على انه فارسي او قوصرة تمر فارسي على انها جيدة او شاة على انها نعجة او على انها كبش فوجد بخلافه. اي وجد غير خباز وغير كاتب وغير بكر باعتراف البايع او ردي او دقلا او رديا او كبشا او نعجة صح العقد. والاصل ان كل شرط يرجع الى بيان صفة الثمن او المثمن او للاستيعاء لا يفسد لكونه ملائما كاشتراط صفة السلامة. بخلاف ما لو اشترى حيوانا على انه حامل مع انه شرط مرغوب فيه لانه شرط عينا لا يدرى وجوده وحياته والاعيان لا يقابلها البدل فجهالتها تمنع جواز العقد اما هذا فاشتراط وصف والاوصاف لا يقابلها البدل فاشتراطها لا يمنع صحة العقد. وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز. وفي اشتراطه في الجواري اختلاف المشايخ رحمهم الله ويخير لفوات الوصف المشروط وما رضي به دونه واذا اخذه اخذه بكل الثمن. لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لانها تابعة للذات فلا تعارض الاصل. وكذا لو اشترى امة ووجدها مختفية الوجه لا يستبين جمالها صح العقد ويخير لما مر. فلو تعيب عنده بعيب رجع بنقصان العيب فيقوم غير موصوف وموصوفا بادنى ما ينطلق عليه الاسم لان المستحق هو الادنى فان كان التفاوت بالعشر رجع بعشر الثمن. والقول للمشتري في الكتابة وللبايع في البكارة. اي لو قال المشتري لم اجده كاتبا وقال البايع انه نسي وهو كما شرطت فالقول للمشتري لتمسكه بالاصل اذ الاصل عدم العلم بالكتابة والخبز. ولو قال المشتري لم اجد الامة بكرا. وقال البايع ذهبت البكارة عندك فالقول للبايع مع يمينه لتمسكه بالاصل وترى النساء لو اختلفا قبل القبض. فان قلن بكر لزمت المشتري بلا حلف لتايد شهادتهن بالاصل. وان قلن ثيب لا يفسخ الا بنكول البايع لان الفسخ حكم قوي فلا يثبت بشهادة ضعيفة. وعن ابي يوسف رحمه الله انه يفسخ بقولهن لان شهادتهن تقبل فيما لا يطلع عليه الرجال. ولو باع قوصرتي تمر على انهما فارسيتان فوجد احدهما دقلا. او عبدين على انهما خبازان فوجد احدهما غير خباز او امتين بكرين فوجد احديهما غير بكر

او نعجتين فوجد احديهما كبشا. او عبدا وجاريتين فوجد احدهما سدسا او طيلسانا نبين على انهما طرازيان فوجد احدهما حواريا ان كان قبل القبض قبضهما بكل الثمن او ردهما ولا يرد غير المشروط فقط. لان فيه تفريق الصفقة قبل التمام وان كان بعد القبض رده بحصته لتمام العقد بالقبض والله اعلم

باب البيع الفاسد

لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وام الولد والمكاتب. فلو هلكوا عند المشتري لم يضمن. اعلم ان قوله لم يجز يطلق على البيع الباطل وهو ما لا يفيد الحكم اصلا ويكون المقبوض فيه امانة عند البايع القابض لان العقد اذا بطل بقي مجرد القبض باذن المالك وذا لا يوجب الضمان وقيل يكون مضمونا لانه يصير كالمقبوض على سوم الشراء. وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما وسيجيء بعده ان شاء الله تعالى. والبطلان باعتبار فوات ذكر البيع وهو مبادلة المال بالمال. وعلى الفاسد وهو ما يفيد الملك عند اتصال القبض به. ويكون المقبوض مضمونا على المشتري عندنا. والفساد اما لمعنى في المحل مع قيام المالية واما لمعنى في العاقد واما لمعنى في العقد مع قيام اصله. واما لمعنى في البدل بان يكون مجهولا. اذا ثبت هذا فنقول بيع الميتة والدم والحر باطل وكذا البيع بالميتة والدم والحر لفوات ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال. فان هذه الاشياء لا يعد مالا عند احد. وهذا لان صفة المالية للشيء بتمول كل الناس او بتمول البعض اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعا فقد ثبتت صفة التقوم بدون صفة المالية. فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها شرعا لعدم تمول الناس اياه. وبيع الثوب بخمر او خنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانهما مالان عند اهل الذمة. وبيع الخمر والخنزير بالدين كالدراهم والدنانير باطل لانه لا يفيد الحكم في طرف المبيع اصلا. وهذا لان المبيع هو الاصل في البيع لتوقف البيع على وجوده لا على وجود الثمن والاصل ليس بمحل للتمليك. وكذا التبع لان ثبوته في الذمة انما يكون حكما لتملكه بمقابلة تملك مال اخر. فاذا لم يوجد ذلك لا يثبت في الذمة فلا يثبت فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم. وان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان لم يملك عين الخمر والخنزير. والفرق ان الخمر والخنزير مال الا انه غير متقوم لان الشرع امر باهانتهما وترك اعزازهما وفي تملكه بالعقد مقصودا بان اشتراهما بالدراهم اعزاز لهما فرد الشرع هذا التصرف وابطله اهانة لهما ودفعا لاعزازهما. اما اذا اشترى الثوب بالخمر فمشتري الثوب انما قصده تملك الثوب بالخمر وما في تملك الثوب بالخمر اعزاز للخمر بل اعزاز للثوب فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب. وفي حق مشتري الخمر مقصوده تملك الخمر فلم يظهر حكم التقوم في حقه لئلا يكون اعزازا لها. وظهر في حق تملك الثوب

نتفاع

فصار العقد منعقدا في حق الثوب ولم يصح تسمية الخمر في حق نفسه فيكون العقد
واقعا بقيمة الثوب لانه لم يملكه مجانا بل بعوض وقد تعذرت مقابلته بذلك
العوض اذ لا قيمة لذلك العوض فصار الى قيمة هذا العوض ورقة • وبيع ام الولد
والمدبر والمكاتب باطل • اما ام الولد فلما مر في العتاق • واما المكاتب فلانه صار
حرا يدا او بالبيع يبطل ذلك • ولو رضي المكاتب يجوز على اظهر الروايتين • والمراد
المدبر المطلق وفيه خلاف الشافعي رحمه الله • وبيع المدبر المقيد يصح اتفاقا • فلو
هلكوا اي الحر وام الولد والمدبر والمكاتب في يد المشتري لم يضمن • وقالا يضمن
في المدبر وام الولد قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لانهما مقبوضان بجهة
البيع فيضمنان بالقيمة لان المقبوض بجهة البيع ملحق بالمقبوض بالبيع الفاسد كالمقبوض
على سوم الشراء اذا تعين ثمنه • وهذا لانهما دخلا تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما
في البيع بان جمع بين مدبر وام ولد وقن • ولو لم يدخلا تحت البيع لما انعقد العقد
على القن كما لو جمع بين حر وقن • بخلاف المكاتب فانه لا يضمن المشتري اذا قبضه
ومات عنده اتفاقا • لانه في يد نفسه فلا يتحقق القبض في حقه • وهذا الضمان باعتبار
القبض • وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع الفاسد في موضع يتصور فيه ثبوت
الحكم الفاسد وهو ثبوت الملك عند اتصال القبض به • ولا يتصور هنا حكم البيع
الفاسد فلا يضمنان بالقيمة كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما
وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كما لو اشترى من غيره عبد نفسه وعبد
البايع صفقة واحدة • فان عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق الاخر • وهذا
لانهما مالان حقيقة حران من وجه فدخلا تحت البيع في حق انعقاد العقد على غيرهما
ولم يدخلا في حق انعقاد العقد على نفسهما عملا بالدليلين بخلاف الحر لانه ليس بمال
من وجه • ولم يجز بيع السمك قبل ان يصطاد لانه غير مملوك • وكذا لو كان
في حظيرة لا يستطيع الخروج عنها اذا كان لا يؤخذ الا باصطياد • ومعناه
اذا اخذهم في الحظيرة حتى صار ملكا له لانه غير مقدور التسليم فصار كعبد
آبق لا يؤخذ الا بحيلة • ولو كان يؤخذ بغير اصطياد وحيلة جاز لانه ملكه
بلا اصطياد فقد باع ملكه وهو مقدور التسليم فيجوز كبيع عبد ارسله
في حاجته • ولو اجتمعت في الحظيرة لا باصطياده لم يصح بيعها امكن اخذها
بلا اصطياد ام لم يمكن لانه غير مالك لانه لم يحرزها فبقيت على الاباحة الاصلية
وان سد موضع دخول الماء فصارت بحال لا يستطعن الخروج عنها لم يصح البيع عند بعض
المشايخ رحمهم الله لانه لم يملكها لان هذا القدر ليس باحراز فصار كطير طار في بيت
انسان فسد الباب والكوة لا يصير محرزا له بهذا القدر ما لم يأخذه • وقيل
يصح البيع اذا امكن اخذهن بلا اصطياد لانه بما فعل صار آخذا لهن حكما •

فصرن

فصرن ملكا له كما لو وقع في شبكته • وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد
اما اذا هيأها ملكها بلا خلاف • وبيع الطير في الهوى لانه ان باعه قبل الاخذ
فغير مملوك وان اخذه ثم ارسله ثم باعه فغير مقدور التسليم • وبيع الحمل والنتاج
لنهيه عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة فقد كانوا يتعاملون ذلك في الجاهلية
فابطل ذلك بالنهي • ولان فيه غررا وقد نهى عليه السلام عن بيع فيه غرر وهو ما
انطوت عنك معيبته وخفيت عليك عاقبته • واللبن في الضرع للغرر فانه يدري
ان ما في الضرع لبن او ريح • ولان اللبن يزداد ساعة فساعة • وتلك الزيادة
لم يتناولها البيع • واختلاط المبيع بما ليس بمبيع مبطل للبيع وقد يتمكن النزاع بينهما
في التسليم لان المشتري يستقصي في الحلب والبايع يطالبه بان يترك داعية اللبن
واللؤلؤ في الصدف لانه كبيع الحمل • وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز ونحا م
اذا راه لانه مملوك مقدور التسليم بلا ضرر فصار كما لو اشتراه في حقه • والصوف
على ظهر الغنم لانه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في الضرع
وسمن في لبن • ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه
به • وعن ابي يوسف رحمه الله انه جوز بيع هذا الصوف لانه باع مالا منتفعا به مقدور
التسليم فيجوز كبيع قوائم الخلاف • ولهما انه ثبت من اسفل فيختلط المبيع بملك البايع
اختلاطا لا يحتمل التمييز بخلاف القوائم لانها تثبت من الاعلى فلا يختلط المبيع
بملك البايع • الا ترى انه لو خضب الصوف على ظهر الشاة وتركه اياما فالمخضوب
يبقى على راسه وهذا بخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقلع في الصوف متعذر
فيتعين القطع وموضع القطع غير معلوم فيتنازعان في ذلك • وعند التنازع لم
يبق المعقود عليه مقدور التسليم • والجذع في السقف والذراع من الثوب ذكرا
موضع القطع او لم يذكراه • لانه لا يمكن التسليم الا بضرر • ولا يقال انه التزم
الضرر • لان الالتزام بدون العقد لا يكون لازما • والعقد ما اوجب عليه ضررا
فيتمكن من الرجوع ولا يرضى فيتحقق النزاع فيمتنع التسليم • وهذا بخلاف ما
لو باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه فيقدر على تسليمه
بلا نزاع ولو لم يكن معينا لا يصح لهذا او للجهالة • ولو اخرج البايع الجذع او قطع الذراع
من الثوب قبل فسخ المشتري العقد انقلب صحيحا لزوال المانع من الصحة • والنوى
في التمر والبذر في البطيخ وان شقهما واخرج المبيع لامر احتمال في وجودهما بخلاف
الجذع لانه معين موجود • وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد وهو ما يخرج
من الصيد بضرب الشبكة لانه مجهول وفيه غرر • والمزابنة وهو بيع التمر على النخيل
بتمر مجذوذ مثل كيلها خرصا لانه عليه السلام نهى عن المزابنة وهي ما بينا والمحاقلة
وهي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا • ولانه باع مكيلا بمكيل

من جنسه خرصا فلا يصح كما لو كانا موضوعين على الارض او كانا على النخيل
وكذا العنب بالزبيب على هذا • وقال الشافعي رحمه الله يجوز شراء التمر على رؤس
النخيل بتمر مجذوذ على الارض خرصا فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق
وله في قدر خمسة اوسق قولان • له انه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا
وهي ان تباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق • قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان
يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه
كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة
فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع الضرر عن نفسه وتفاديا عن الخلف
في الوعد وهو عندنا جائز لان الموهوب لم يصر ملكا للموهوب له ما دام متصلا بملك
الواهب فما يعطيه من التمر لا يكون عوضا عنه بل هبة مبتداة • وانما سمي بيعا
مجازا لانه في الصورة عوض ما يعطيه واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق •
فظن الراوي ان الرخصة مقصورة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب
كذا فسره اهل الفقه والحديث والحمل على هذا اولى كيلا يصير مخالفا للحديث
المشهور • والملامسة والقاء الحجر والمنابذة • وهذه بيوع كانت في الجاهلية
وهو ان يتساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشتري او وضع عليها حصاة او نبذها
اليه البائع لزم البيع • فالاول بيع الملامسة • والثاني القاء الحجر والثالث المنابذة وذكر
في المنتقى قال ابو حنيفة رحمه الله الملامسة ان يقول ابيعك هذا المتاع بكذا فاذا
لمستك وجب البيع او يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر وجب البيع • وهذا قولهم
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة • ولان فيه تعليق التمليك
بالخطر فيكون قمارا • واحد الثوبين او العبدين بجهالة المبيع فلو قبضهما وماتا معا
ضمن نصف قيمة كل واحد منهما • لان احدهما مضمون على المشتري بالقيمة لانه مقبوض
بحكم بيع فاسد والاخر امانة • وليس احدهما بان يكون مضمونا اولى من الاخر فشاعت الامانة
والضمان فيهما فصار نصف كل واحد منهما مضمونا ونصفه امانة • الا ترى ان البيع
لو كان صحيحا بان كان فيه خيار المشتري يضمن نصف ثمن كل واحد منهما لما مر في باب
شرط الخيار • والفاسد معتبر بالصحيح والقيمة هنا كالثمن ثم • وضمن قيمة الاول
لو ماتا مرتبا لانه تعين مضمونا لتعذر الرد فيه • ولو حررهما معا عتق احدهما
لان احدهما ملكه فقد حرر ما يملكه وما لا يملكه فينفذ فيما يملكه • وبينه
ان كان حيا او وارثه ان كان ميتا • ولو حررهما مرتبا عتق الاول لانه دليل
التعيين • وان حرر احدهما احدهما لم يصح • اي لو قال البائع او المشتري احدكما حر
لا يصح للجمع بين ملكه وملك غيره • ولو قالا معا او متعاقبا احدهما حر ان عتقا لان كل
واحد اعتق ملكه وملك غيره فصح في ملكه • والبيان الى المشتري لان من نفذ فيه

العتق

العتق مضمون على المشتري بالقيمة والقول في تعيين المضمون قول من عليه الضمان
ولو قبض احدهما بامر البائع فهلك غرم قيمته • لانه لو قبضهما ومات احدهما
تعين الميت مبيعا مع ان الحي يزاحمه فهاهنا اولى • وينفذ عتقه لا ما لم يقبضه لتحقق
الملك وعدمه ولو قبضهما فحرر البائع احدهما بعينه وفسخ البيع فيه نفذ لانه
ظهر انه كان ملكه • وان حررهما نفذ في احدهما • اي اذا نقض القاضي البيع
والخيار الى البائع في البيان ولو لم ينفسخ وحرر المشتري ما حرره البائع عتق وبطل
عتق البائع لان ولاية التعيين للمشتري • ومتى صح تعيينه ظهر ان اعتاق البائع
صادف ملك المشتري فبطل وكذا بالفنا عند ابي حنيفة رحمه الله لان الفنا من طريق
العامة وهو مجهول القدر • وعند ابي يوسف رحمه الله يصح اذ المراد به حق المرور
كما لو باعها بطريقها • والمراعي واجارتها • ولم يرد بها رقاب المراعي • لان بيع رقبة
الارض جائز اذا كانت مملوكة له • وانما المراد بها ما تحويه المراعي من الكلا
اطلاقا لاسم المحل على الحال • اما عدم جواز البيع فلانه ورد على ما ليس بمملوك للبائع
اذ مجرد نبات الكلا في ارضه لا تنقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا
له فيبقى على اصل الاباحة ما لم يوجد الاحراز • قال عليه السلام الناس شركاء
في الثلاث في الماء والكلا والنار • والمراد بالماء الذي في الانهار والابار • اما اذا اخذه
وجعله في اناء فقد احرزه فجاز بيعه • وبالكلا ما نبت في ارض غير مملوكة
وما نبت في ارض مملوكة لغيره بلا انبات رب الارض • لان رب الارض لا يكون
محرزا له في ارضه • وان نبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض
وان نبت بلا انباته ومعنى اثبات الشركة في النار الانتفاع بضوئها والاصطلاء
بها وتجفيف الثياب بها • اما اذا اراد ان ياخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبها
كذا ذكره القدوري رحمه الله • واما عدم جواز الاجارة فلورودها على استهلاك
العين • ولو وردت على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها
لا يصح لان محل الاجارة المنافع دون الاعيان • فاذا وردت على استهلاك عين
مباح اولى • ولا يلزم الصبغ واللبن في استيجار الصباغ واللبان للطين
لان العين ثم آلة لاقامة العمل المستحق بالاجارة • والحيلة فيه ان يستاجر
موضعا من الارض ليضرب فيه فسطاطا او يجعله حظيرة لغنمه فتصح الاجارة
ويبيح صاحب المراعي الانتفاع بالمرعى فيحصل مقصودهما • والنحل عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله • وعند محمد والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان
مجموعا لانه حيوان ينتفع به ويتمول به فيصح بيعه وان لم يؤكل كالحمار والبغل
وهذا لان جواز البيع للحاجة الى الانتفاع • والانتفاع تارة يكون بواسطة وطورا
يكون بلا واسطة • ولهما انه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور والحية والعقرب

والورع. وهذا لأن الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه. فقبل الحدوث والتولد لا يكون
منتفعا به. والعين إنما تصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها
من النحل ذكر القدوري رحمه الله في شرحه أنه يجوز عندهما تبعا له. كما لو باع
الشرب مع الأرض. وأنكره الكرخي رحمه الله جواز بيع النحل مع العسل وقال الشيء إنما
يدخل في العقد تبعا لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب مع الأرض وهذا ليس من حقوقه.
وصح بيع دود القز وبيضه عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى اعتبارا للعادة. لأنه يتولد
منه ما هو منتفع به فيصح بيعه كبذر البطيخ. وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح بيعهما
أما الدود فلأنه من الهوام. وأما بيضه فلأنه غير منتفع به باعتبار ذاته بل باعتبار غيره وذلك
الغير معدوم. وقال أبو يوسف رحمه الله يصح بيع الدود إذا ظهر القز فيه تبعا وإلا
لا. وجوزه محمد رحمه الله كيف ما كان. وأبو يوسف رحمه الله اضطرب في بيعه.
والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها صح بيعها لأنه مال متقوم مقدور التسليم. ولم يجز
بيع الآبق لأنه عليه السلام نهى عن بيع الآبق. ولأن القدرة على التسليم شرط جواز البيع وهو
لا يقدر على تسليمه. بخلاف العبد المرسل في حاجته لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد
حكما لأن الظاهر عوده إلى المولى. ولا كذلك الآبق الآن يبيعه ممن زعم أنه عنده
لأن النهي ورد في الآبق المطلق وهو أن يكون إباقا في حق المتعاقدين. وهذا ليس بآبق في حق
المشتري لأن المأخوذ ليس بآبق في حق الآخذ فلا يكون إباقا مطلقا فلا يتناوله النهي.
ولأنه إذا كان عند المشتري لا يكون عاجزا عن التسليم في حقه وهو المانع ولا يصير
قابضا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد لأنه أمانة عنده وقبض الأمانة
أدنى فلا ينوب عن قبض المبيع وهو أقوى. ولو لم يشهد يجب أن يصير قابضا. لأنه قبض
غصب. ولو قال هو عند فلان فبعه مني فباعه لا يصح لأنه آبق في حق المتعاقدين فكان
إباقا مطلقا فدخل تحت النهي ولأنه عاجز عن تسليمه في حق المشتري. ولو باع الآبق فعاد
من الإباق وسلمه إلى المشتري لا يتم ذلك العقد كذا عن محمد رحمه الله. لأن شرط الجواز
فات وقت العقد فلا يجوز أن وجد من بعد كما لو باع خمرا وصارت خلا قبل التسليم
أو باع طيرا في الهوى ثم أخذه. وعن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أن العقد يتم إذا لم يفسخ
لأن العقد انعقد لوجود المالية والملك. والمانع من الجواز العجز عن التسليم وقد ارتفع
العجز حين عاد من الإباق. وصار كما لو أبق بعد البيع أو باع المرهون ثم فكه قبل الخصومة
ولم يجز بيع لبن امرأة ولو في قدح حرة كانت أو أمة ولم يضمن متلفه. وقال الشافعي
رحمه الله يجوز حرة كانت أو أمة ويضمن متلفه لأنه مشروب طاهر كلبن
الشاة. وقال أبو يوسف رحمه الله إن كانت أمة يجوز اعتبر اللبن بأصله لكونه متولدا
منه ففي كل موضع جاز بيع الأصل جاز بيع اللبن. وفي كل موضع لم يجز بيع الأصل
لم يجز بيع اللبن. ولهما أنه جزء الآدمي بدلالة أن الشرع أثبت به حرمة الرضاع

بعني

بمعنى البعضية وهو بكل أجزائه مكرم مصون عن الابتذال والإهانة ممتهن بالبيع
إلا فيما حل فيه الرق. والرق لم يحل اللبن لأنه ضعف حكمي فيختص بمحل القوة التي هي ضده
وهو الحي. لأن الضدين يتعاقبان على مبيع واحد ولا حياة في اللبن لأنه جماد. وليس
بمشروب على الإطلاق بل باعتبار حاجة الطفل لأنه لا يتغذى بغيره. حتى لو استغنى
عنه لم يبح شربه وصبه في عين رمدة عند أصحابنا لا يجوز. وقيل يجوز إذا علم بعض
أنه يزول به الرمد لتحقق الحاجة حينئذ. ولم يجز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين
فلا يصح بيعه إهانة له كالخمر. وهذا لأن النجاسة تشعر بهوان المحل. وجواز
البيع يشعر بإعزازه. وينتفع به للخرز للضرورة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه كره ذلك
لأنه نجس والانتفاع بالنجاسات لا يجوز إلا للضرورة ولا ضرورة هنا لأن الخرز يحصل
بغيره. وجه ظاهر الرواية أن ذلك العمل لا يتأتى بغيره عادة فمست الضرورة والانتفاع
بلحمه جائز عند الضرورة والشعر أحق منه ويوجد مباحا غالبا فلا ضرورة إلى بيعه
وتنجس البئر بوقوعه فيها عند أبي يوسف رحمه الله لأنه نجس العين إلا في حال الضرورة
ولا ضرورة في هذا. وعند محمد رحمه الله لا ينجس لأن حل الانتفاع به يدل على طهارته
والصحيح قول أبي يوسف رحمه الله لأنه لو كان طاهرا مباحا الانتفاع به لصح بيعه قياسا
على عامة ما هذا شأنه. وعن بعض السلف أنه كان لا يلبس مكعبا أو خفا مخروزا
بشعر الخنزير. ولم يجز بيع شعر الإنسان لأنه جزء الآدمي وهو مكرم بكل أجزائه
فلا يجعل شيئا من أجزائه مبتذلا ممتهنا. ولا الانتفاع به لأن في الانتفاع به استهانة به
والآدمي مالك مبتذل فلا يكون شيئا منه مملوكا مبتذلا بالإرقاق. وقد صح أنه عليه
الصلوة والسلام قال لعن الله الواصلة والمستوصلة. وإنما جازت الرخصة في التراميل
وهو ما يتخذ من الوبر فيزاد في قرون النساء وذوائبهن. وعن محمد رحمه الله أنه جوز
الانتفاع بشعر الآدمي لأنه طاهر عندنا. ولم يجز بيع جلد الميتة قبل الدبغ لحرمة الانتفاع
به لا لكرامته لقوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم لغير المدبوغ
وبعد الدباغ يباع وينتفع به لطهارته بالدباغ لما مر في كتاب الصلوة. ولا بأس ببيع عظام يبيع
الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها وشعرها والانتفاع بذلك كله لطهارتها لأنها
لأن الموت لا يؤثر فيها. لأنه إنما يؤثر في محل حلت الحياة فيه ولا حياة لهذه الأشياء وإنما
لها نمو كما في النبات. ويباع عظم الفيل وينتفع به عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما
الله. وعند محمد رحمه الله لا يصح بيعه والانتفاع به لأنه نجس العين كالخنزير وعندهما
هو كسائر السباع. وعلو سقط أي إذا كان علو لرجل وسفل لآخر فسقطا أو سقط
العلو وبقي السفل فباع صاحب العلو موضع العلو لم يجز لأن هذا بيع لم يصادف محله
فيلغو. وهذا لأن محل البيع المال والثابت لصاحب العلو بعد الانهدام حق التعلي وحق
التعلي ليس بمال لأنه متعلق بهواء الساحة وهو ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه إلى

وقت الحاجة والهوا ليس بهذه الصفة • وانما صح بيعه قبل الانهدام باعتبار البنا القايم
ولم يبق • بخلاف الشرب حيث يصح بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومقصودا
في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لان الشرب عين مال قايم منتفع به
لانه عبارة عن النصيب من الماء وهذا الامكان ثابت فيه • ولو اتلف على آخر شربه بان
سقى ارضه بشربه يضمن • ولو بيع مع الارض كان له قسط من الثمن حتى اذا ادعى
رجل شرا ارض بشربها بالف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت
شهادتهما لاختلافهما في ثمن الارض لان الذي زاد الشرب نقص عن ثمن الارض لان
بعض الثمن مقابل للشرب فصار كاختلافهما في مقدار ثمن الارض • وانما لم يجز بيعه
مقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بخارا رحمهم الله للجهالة • وان سقط العلو بعد
البيع قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم • ولم يجز بيع المسيل وهبته ويجوز
بيع الطريق وهبته • والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق ورقبة المسيل وبيع
حق المرور وحق المسيل للماء فان كان المراد به الرقبة فالفرق بين الطريق والمسيل
ان الطريق معلوم الطول والعرض غالبا فيجوز البيع • اما المسيل فمجهول غالبا لان
مقدار ما يشغل الماء من الارض مختلف غالبا لانه يختلف بقلة الماء وكثرته فبطل البيع
بجهالته • وان كان المراد به حق المرور وحق تسييل الماء فالجواب المذكور في تسييل
الماء باتفاق الروايات وفي حق المرور لا فان بيع حق المرور لا • فان بيع المرور لا يجوز
على رواية الزيادات وبه اخذ الكرخي • وعلى رواية كتاب القسمة يجوز وبه
اخذ عامة المشايخ رحمهم الله • وعلى هذه الرواية الفرق بينه وبين حق التسييل
ان حق المرور معلوم لانه متعلق بمحل معلوم وهو الطريق • اما المسيل فان كان
على السطح فهو نظير حق التعلي وقد مر فساده فان كان على الارض فهو مجهول
لجهالة محله • والفرق بين حق التعلي وحق المرور على رواية جواز بيعه ان حق المرور
يتعلق بما يبقى وهو رقاب الاراضي فاشبه الاعيان المملوكة • وحق التعلي متعلق
بما لا يبقى وهو البنا فاشبه ما لا يبقى وهو المنافع • وعبد بان امة وعكسه
اي لو اشترى الامة مشخصا على انه امة فاذا هو عبد او على شخصا على انه عبد فاذا هو
امة او على انها امة فاذا هو عبد لم يجز البيع استحسانا خلافا لزفر رحمه الله • ولو
اشترى بهيمة على انه ذكر فاذا هي انثى صح البيع والاصل ما مر في النكاح
ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين
مختلفين تعلق العقد بالمسمى وبطل لعدمه كما لو اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو
زجاج • وان كان المشار اليه من جنس المسمى ولكن فارقه بوصف تعلق العقد
بالمشار اليه وانعقد لوجوده وخير لفوات الوصف كشرا عبد على انه خباز فاذا هو
كاتب • وانما يعرف ذلك بالنظر في معاني الذوات لان قوام الاشيا بمعانيها • فان كان

بينهما

بينهما مغايرة في المعاني المطلوبة يسمى اختلاف وصف والا يسمى اختلاف جنس
نى ثم ذكر وانثى من بني آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد والمعا
المطلوبة فالمبتغى من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الاماء الاستخدام داخلها
كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد • وفي الحيوانات جنس واحد لتقارب
المقاصد والمعاني المطلوبة فالمبتغى من الكل اللحم او الركوب او الحمل • ولا يبعد
ان يختلفا جنسا وان اتحد اصلهما • فالنبات يتحد مع اختلاف الاصل فان الوداري
والزندنيجي جنسان وان اتحد جنسهما اصلهما • وكذا ما يتخذ من العنب كالخل
والدبس جنسان بان اتحد اصلهما • ولم يجز شراؤه او شراء من لا تصح شهادته
له ما باع بنفسه او بيع له بان وكله باقل مما باع قبل نقد الثمن لنفسه او لغيره من مشتريه
او من وارثه لا من الموهوب له والموصى له والمبيع لم ينتقص ذاتا واتحد الثمنان جنسا
والدنانير جنس الدراهم هنا وفي الشفعة • اعلم ان شرا ما باع باقل مما باع
قبل نقد الثمن لا يصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • حتى لو اشترى امة بالف درهم
حالة او نسيئة وقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة قبل نقد الثمن الاول فسد البيع
الثاني عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • له ان ملك المشتري تاكد في المبيع
بالقبض فيصح بيعه باي قدر من الثمن كما لو باعه من غير البايع او بمثل الثمن الاول
او باكثر او بعوض او بعد النقد • ولنا حديث عايشة رضي الله عنها فان امراة
اتتها وقالت اني اشتريت من زيد بن ارقم جارية الى العطا بثمانمائة درهم ثم
بعتها منه بستمائة فقالت عايشة رضي الله عنها بئس ما شريت وبئس ما اشتريت
ابلغي زيد بن ارقم ان الله قد ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان لم يتب عن هذا فاتاها زيد بن ارقم معتذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف • فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد
هذا العقد والحاق هذا الوعيد بهذا الصنع لا يهتدي اليه العقل • اذ شيء من المعاصي
دون الكفر لا يبطل شيئا من الطاعات الا ان يثبت شيء من ذلك بالوحي فدل انها قالته
سماعا • ولا يقال انما الحقت الوعيد به للاجل الى العطا لانها كانت تجوز البيع الى
العطا وانما ذمت البيع الاول وان كان جايزا عندها لانه صار ذريعة الى البيع
الثاني الذي هو موسوم بالفساد • وهذا كما يقول لصاحبه بئس البيع الذي
اوقعك في هذا الفساد وان كان البيع جايزا • فان قيل يحتمل انها ذمت البيع
الاول لفساده بجهالة الاجل وانها رجعت عن تجويز البيع الى العطا والبيع الثاني
لانه بيع المبيع قبل القبض اذ القبض لم يذكر في الحديث • قلنا الرجوع لم يثبت
وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربا • وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا • ولان الثمن
لم يدخل في ضمان الثاني قبل القبض فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه

وصار بعض الثمن ببعضه قصاصا فبقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح
ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما إذا اشتراه بمثل الثمن أو أكثر لأن الربح
ثم حصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه ولو اشتراه من لا تصح شهادته له كولده
ووالده وزوجته وعبده ومكاتبه فهو كشراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله يجوز في غير العبد والمكاتب لتباين الأملاك بخلاف المملوك
لأن كسب العبد لمالكه وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفهما
كتصرفه وله أن شرا هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع الأملاك
بينهم وهو نظير الخلاف في الوكيل بالبيع إذا عقد مع هؤلاء فإذا اشترى ما بيع له
بأن باع وكيله لم يجز أيضا لأنه لما باع بإذنه صار كأنه باع بنفسه ثم اشترى
بأقل وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بألف درهم فباع الوكيل ثم أراد الوكيل
أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز أما
شراؤه لنفسه فلأن الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء
البائع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات
وأما لغيره بأمره فلأن شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء
ما باع لنفسه من كل وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما
باع مورثه فإنه يجوز وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لم يجز في الفصلين والفرق
على ظاهر الرواية أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لم يرث ووارث
البائع ما قام مقام البائع في هذا الشراء لأنه لا يملك الشراء بطريق الإرث لأنه
كان يملك الشرا لنفسه حال حياة مورثه فكان كالأجنبي في ذلك فأما وارث
المشتري فقائم مقام المشتري في هذا البيع لأن ولاية البيع له من أحكام ملك المورث
فإنه كان لا يملك البيع حال حياة مورثه لأنه ملك مورثه ولما قام وارث المشتري
مقامه في بيع هذه العين بحكم الإرث صار بيع الوارث وبيع المورث سوا فكما لم
يجز بيع المشتري لم يجز بيع وارثه وشرطنا أن يكون الشرا من مشتريه أو من وارثه
لأنه لو باعه المشتري من رجل أو وهبه لرجل أو أوصى به لرجل ثم اشتراه البائع
الأول من ذلك الرجل يجوز لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين
أصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هي لها صدقة ولنا هدية وشرطنا
أن يكون المبيع على حاله لم ينتقص لأنه إذا تعيب المبيع في يد المشتري فباعه من البائع
بأقل من الثمن جاز لأن المانع ربح ما لم يضمن وإنما يظهر الربح إذا عاد إليه المبيع كما
خرج عن ملكه فإذا لم يعد جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث فكان مشتريا
ما باع بمثل الثمن لا بأقل معنى وشرطنا النقصان من حيث الذات لأنه لو انتقصت
قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع لأن تغير السعر غير معتبر في حق الأحكام

كما

كما في حق الغاصب وغيره فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه فظهر الربح
وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لأنه إذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الأول بأقل يجوز
وإن كان الثمن الثاني أقل لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير والدراهم جنس
الدراهم هنا حتى لو كان العقد الأول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل
من الثمن الأول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر رحمه الله لأنهما جنسان
حتى لا يجري ربوا الفضل بينهما ولنا أنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى
لأن المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر إلى الأول يصح وبالنظر إلى الثاني لا
فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا وقد
غلب الحرام الحلال وفي الشفعة حتى لو بلغ الشفيع بيع الدار بألف درهم فسلم
ثم بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة عندنا
خلافا لزفر رحمه الله لاتحاد الجنس بخلاف ما لو علم أنها بيعت بحنطة أو بشعير
قيمتها ألف أو أكثر فإن تسليمه باطل لاختلاف الجنس رجلان باعا عبدا
بينهما بألف أو قالا بعناكه بألف كل واحد نصفه بالنصف بنصف بخمسمائة
قبل النقد فسد في نصفه لأنه شرى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في
نصيب شريكه بنصف خمسمائة لأنه ما باع وما بيع له ولو قالا بعناك نصيب
فلان بخمسمائة ثم اشترى كله أحدهما بخمسمائة فسد في نصيبه لأن نصفه وهو
الربع باع لنفسه ونصفه وهو الربع بيع له وأما نصيب صاحبه فيفسد في نصفه
وهو الربع لأنه باع وصح في الربع الآخر بربع الثمن لأنه ما باع وما بيع له وإن اشترياه
معا في هذه المسألة صح شراء كل واحد في ثمنه بثمن الثمن لأنه لو اشتراه أحدهما
صح شراؤه في الربع فإذا اشترى كل واحد نصفا شائعا صح شراؤه في الربع فإذا اشترى
كل واحد نصفا شائعا صح شرا كل واحد في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة
ولو باعاه بألف ثم اشترياه بخمسمائة صح شرا كل واحد في ربعه لأن كل واحد
اشترى نصفا شائعا نصفه وهو الربع مما باع فيفسد ونصفه مما باع شريكه
فصح ولو باعه مع وكيله بألف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لأن أحد
النصفين باع بنفسه والنصف الآخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف
الذي باع وصح في النصف الآخر لأنه ما باع وما بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه
أحدهما لا يصح أما الوكيل فلأنه باع وأما الموكل فلأنه بيع له وصح فيما ضم إليه
حتى لو اشترى أمة بخمسمائة وقبضها ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل نقد الثمن
بخمسمائة صح الشرا في التي لم يشترها من البائع لأنه مفسد فيها وبطل في الأخرى لأنه
أن يجعل بعض الثمن بمقابلة أمة لم يشترها منه فكان مشتريا الأخرى بأقل مما باع
ضرورة وهو فاسد عندنا فإن قيل لما فسد العقد في هذه وجب أن يفسد في تلك

عند أبي حنيفة رحمه الله كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة قلنا إنما
يكون كذلك أن لو كان الفساد قويا مجمعا عليه كما في بيع الحر والعبد والفساد
هنا ضعيف مجتهد فيه فيقتصر عليه ولا يتعداه كما لو اشترى عبدا ومدبرا بثمن
واحد فإن العقد في القن يصح وإن فسد في المدبر لما أن الفساد في المدبر ضعيف
حتى لو قضى بجواز بيعه يجوز فإن قيل أليس أنه إذا أسلم في نوعي شعير وزيت يفسد في الكل
عنده قلنا ذا ليس بطريق تعدي الفساد كما زعم البعض بل باعتبار إعلام أن رأس المال
شرط عنده والسلم فيه مختلف فكان فساد السلم في كل واحد منهما لجهالة ما يخص كل
واحد منهما من رأس المال ولأن الفساد باعتبار شبهة الربوا من حيث أنه يعود إليه
كل رأس ماله مع زيادة ليس بإزائها ضمان وعوض وشبهة الربوا كحقيقته ولأن
فساد العقد في البعض إنما يوجب فساد العقد في الباقي إذا كان المفسد مقارنا
أما إذا كان طاريا فلا والمفسد هاهنا طاري لأنه ما شرط في العقد ما يكون
بإزاء ما باعه أقل من الثمن الأول بل قابل الثمن بالأمتين وهذه المقابلة صحيحة
ولكن ينقسم ذلك الثمن عليهما باعتبار قيمتهما فيصير البعض بإزاء ما باع والبعض ما
باع بإزاء ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باع وهذا فساد طاري فلا يتعدى
إلى الأخرى كما لو شرط الخيار لرجل فأجاز أي إذا باع عبده وشرط الخيار
لأجنبي فأجاز المشروط له الخيار البيع ثم اشترى المشروط له الخيار لنفسه أو لغيره
بأقل من الثمن الأول قبل نقد الثمن صح لأنه ما باع ولا بيع له بخلاف الشفعة فإن البائع
إذا شرط الخيار للشفيع فأجاز البيع وأسقط الخيار لا يكون له الشفعة وصار كأنه
باع بنفسه لأن الشفعة إنما لا تكون لمن باع أو بيع له لأنه لو أخذ بالشفعة
لصار ساعيا في نقض ما تم به وفي حق هذا المعنى الإجازة والبيع سواء وهنا إنما لم
يجز الشرى تفاديا عن ربح ما لم يضمن وهذا الربح لا يحصل لمسقط الخيار وإنما يحصل
لمن كان السبب أو حكم السبب واقعا له ولو وهب المشتري ثم رجع في هبته
بقضاء أو بغير قضاء لا يملك بيعه من بايعه بأقل لأن الرجوع في الهبة فسخ من
كل وجه بكل حال فعاد إليه قديم ولو باعه المشتري ثم رده عليه بعيب بقضاء
لم يملك بيعه من بايعه بأقل لأنه فسخ من كل وجه بخلاف ما لو رد برضا قبل القبض
أو بعده أو بإقالة لأنه بيع جديد في حق الثالث والبائع الأول ثالثهما وصح أمر مسلم
كافرا ذميا بشراء خمر وبيعها وبشراء عبد بخمر وشراء عبد كافر ماذون
خمرا وبيعه وقبوله خمرا وهبت له وأمر محرم غيره ببيع صيده بخلاف
أمر كافر بقبول هبتها وقبضها وكتابة عبده بخمر والأصل أن الوكيل عند أبي
حنيفة أصيل في حق نفس التصرف نائب عن الموكل في حكم التصرف فيعتبر أهليته
لنفس التصرف وأهلية الموكل لحكم التصرف وعندهما نائب عن الموكل

في حق

في حق نفس التصرف فتعتبر أهلية الموكل لنفس التصرف فإذا أمر رجل رجلا بشراء عبده
الذي باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن صح ويملكه الموكل ملكا صحيحا لأن المعتبر عنده
حال العاقد لا حال الآمر والوكيل لو اشترى لنفسه يصح فكذا إذا اشترى لموكله
وعند أبي يوسف رحمه الله بطل التوكيل ويكون مشتريا لنفسه لأن الموكل
لا يملكه بنفسه فلا يملكه بعقد الوكيل فيجعل مشتريا لنفسه تحريا للجواز وعند
محمد رحمه الله فسد الشرى ويملكه الموكل ملكا فاسدا إذا قبض وكيله لأنه لو
اشتراه بنفسه يملكه ملكا فاسدا فكذا إذا اشتراه وكيله لأنه نائبه ولو أمر مسلم
ذميا بشراء خمر وبيعها صح التوكيل وعلى هذا الخنزير وعندهما لا يصح التوكيل
فيهما لأن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف
فكذا الوكيل وله أن الوكيل أهل لنفس التصرف والموكل أهل لحكم التصرف لأنه
أهل لثبوت حكم التصرف ألا ترى أنه يملك الخمر والخنزير إرثا بأن كان لذمي فأسلم
فمات قبل التخليل والتسييب فورثهما الوارث ثم في التوكيل بشراء الخمر يملك الخمر
فيخللها لأنه ممنوع عن الانتفاع بعينها فله أن يتصرف فيها على وجه يتوصل به إلى الانتفاع
كما لو ورث خمرا أو تخمر عصيره وعليه الثمن يدفعه إلى الوكيل لانتقال الملك
إليه حكما من جهته فيلزمه البدل وإن كان خنزيرا يسيبه وفي التوكيل بالبيع
يملك الثمن لأنه صح بيع الوكيل ويتصدق به لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام إن الذي
حرم بيعها حرم شربها وأكل ثمنها ولو وكل مسلم ذميا بشراء عبد بخمر مقدرة
فاشترى صح عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذ الوكيل العبد بما سمي من الخمر ويرجع
على الموكل لتعذر الرجوع بعينها وعند محمد رحمه الله يقع العقد للموكل
بوصف الفساد كما لو اشتراه الموكل بنفسه فتجب عليه قيمة العبد وعند أبي
يوسف رحمه الله يقع الشرى للوكيل صحيحا لما مر ولو اشترى عبد كافر
ماذون خمرا أو باع صح إجماعا لأنه يتصرف بحكم المالكية فصار كالمكاتب وكذا
لو قبل خمرا وهبت له صح وكذا لو كان محجورا ولو وكل محرم غيره ببيع صيده
فهو كما لو وكل مسلم ذميا بشراء خمر اختلافا وتعليلا ولو وهب كافر لمسلم
خمرا فأمر المسلم كافرا بقبول هبتها أو بقبضها لا يصح وكذا لو أمر كافرا بكتابة
عبده بخمر لا يصح لأنه يتصرف للموكل ألا ترى أن الحقوق ترجع إلى الموكل
ولم يجز بيع زيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا
لأن هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لأن مقتضاه أن يطرح عنه مقدار
وزن الظرف أي مقدار كان فإذا شرط أن يطرح عنه مكان كل ظرف
خمسين رطلا وجاز أن يكون الظرف أنقص من خمسين رطلا أو أكثر كان
شرطا مخالفا لمقتضى العقد ولأحد العاقدين فيه منفعة فيفسد العقد بالنهي

وإن شرط أن يطرح عنه مقدار وزن الظرف جاز لأنه شرط يوافق مقتضى العقد
وما يوافق مقتضى العقد يؤكده ولا يفسده. ولو اختلفا فيه أي في الظرف
فالقول للمشتري حتى لو اشترى زيتا أو سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال
فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول للمشتري مع يمينه لأنه
إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول للقابض لأن الزق أمانة في يده
والقول في تعيين الأمانة قول الأمين. وإن كان مضمونا في يده فالقول في
تعيينه أيضا قوله كالمغصوب. وإن اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة
اختلاف في مقدار الثمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة. ولا يتحالفان
وإن اختلفا في الثمن لأن اختلافهما فيه ثبت تبعا لاختلافهما في الزق والاختلاف
في الزق لا يوجب التحالف لأنه ليس بمعقود به ولا معقود عليه فكذا الاختلاف
فيما ثبت تبعا لأن حكم التبع لا يخالف حكم الأصل. ولو باع الظرف والزيت على أنهما
مائة رطل فوجدا تسعين رطلا الظرف عشرون والزيت سبعون فالنقصان
من الزيت لأن الظرف لا يزيد ولا ينقص والزيت يزيد وينقص والأصل أن
النقصان والزيادة يصرفان إلى ما يحتملهما لا إلى ما لا يحتملهما فيجعل كأن
الزيت كان ثمانين رطلا والزق عشرون رطلا وجملته مائة رطل فانتقص
من الزيت عشرة أرطال قبل القبض وسقط حصة النقصان من الثمن فيقسم
الثمن على الزق وثمانين رطلا من الزيت فما أصاب الزق لزمه بنقص الزيت
ينقص ثمنه لأنه انتقص منه عشرة من ثمانين والعشرة من الثمانين الثمن. ويخير
المشتري إن شاء أخذ الزق وما فيه من الزيت بما بقي. وإن شاء ترك لأنه تغير عليه
شرط عقده وإن بلغ الظرف وزنا لم يعتد خير. بأن كان الزق ستين
والزيت أربعين ووزن الزق لا يبلغ هذا القدر في المتعارف خير بين الفسخ والإمضاء
لأنه غرر فاختل الرضا فصار كالعيب. وإن وجدا مائة وخمسين والزق مائة
فسد فيهما. لأن المعقود عليه من الزيت ما بقي بعد وزن الظرف إلى تمام المائة
فإذا كان الظرف مائة عدم الزيت وهو المعقود عليه قصدا. وفوات ما هو المقصود
مفسد للعقد كمن اشترى جوزا فوجده خاويا. ويفسد العقد في الظرف أيضا لأن
العقد واحد. ولأن ثمن الظرف مجهول. وإن وجد الزق عشرين والزيت مائة
لزمه الزق وثمانون رطلا من الزيت بالثمن المسمى. ولو باع زيتا في زق وسمنا في زق
بغير ظرفهما على أنهما مائة رطل فالمبيع من كل خمسون. فلو وجد الزيت ستين
والسمن أربعين يقسم الثمن على خمسين رطلا من كل واحد منهما. فما أصاب
الزيت أداه وأخذ خمسين رطلا منه. وما أصاب السمن طرح عنه حصة عشرة أرطال
من الثمن. وخير لأن كليهما معقود واضاف المائة إليهما فانصرف إليهما على السواء.

كما

كما لو اشترى عبدا بعشرة منا قيل ذهب وفضة. وكذا في كل مكيل وموزون
ولم يجز بيع أمة على أن يعتقها المشتري وصح البيع بالإعتاق حتى يجب عليه الثمن أو على
أن تكاتب أو تستولد لأنه عليه السلام نهى عن بيع وشرط. وحاصل المذهب
أن كل شرط يقتضيه العقد أي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشتري
في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع لا يفسد العقد لأنه يثبت بمطلق العقد
فلا يزيد الشرط إلا تأكيدا. وكل شرط لا يقتضيه العقد إلا أنه يلائم البيع
أي يؤكد موجبه كالبيع بشرط أن يعطي المشتري رهنا بالثمن أو كفيلا وهو
معلوم بالإشارة أو بالتسمية لا يفسد العقد أيضا. لأن الرهن شرع وثيقة
وتأكيدا لجانب الاستيفاء. واستيفاء الثمن موجب العقد فما يؤكده
يلائم العقد. والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة موجب العقد فما
يؤكدها يلائم العقد فلا يفسده. فإن لم يكونا معلومين فسد البيع لأن
جهالة الرهن والكفيل يفضي إلى النزاع فالمشتري يعطيه رهنا أو كفيلا والبائع
يطالبه بآخر. وكل شرط لا يلائم العقد لأن الشرع ورد بجوازه كالخيار والأجل
أو لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء نعل على أن يحذوه أو يشركه
لا يفسده أيضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس. وكل شرط لا يقتضيه
العقد ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس متعارف وفيه منفعة لأحد العا قدين
أو للمعقود عليه وهو من أهل أن يستحق حقا على الغير بأن يكون آدميا يفسد العقد
كبيع عبد بشرط أن لا يبيعه المشتري. فإن العبد يعجبه أن لا تتداوله الأيدي
فإن لم يكن فيه منفعة لأحد كشراء دابة أو ثوب بشرط أن لا يبيعه بطل الشرط
وصح البيع في ظاهر المذهب. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يفسد به البيع ووجه
الظاهر أنه لا يطالب بهذا الشرط فكان لغوا وهذا لأنهما إذا قصدا المطالبة
بين المبيع والثمن فقد خلا الشرط عن العوض وقد وجب بالبيع لما شرط فيه فكان
زيادة مستحقة بعقد المعاوضة خالية عن العوض فتكون ربا. وكل عقد
شرط فيه الربا يكون فاسدا. ولأنه متى كان منتفعا به كان مرغوبا فيه وكان له
طالب فيقع بسببه النزاع. ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة ولم يكن له طالب
فلم يؤدي إلى الربا والنزاع. إذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد
لأن قضية العقد إطلاق الانتفاع لا التحجر عنه والتخيير في هذه التصرفات لا الإلزام
والشرط يقتضي الإلزام ولا يلائمه. وما ورد الشرع بجوازها وهي غير متعارف بين
الناس وللمعقود عليه فيها منفعة فيفسد العقد للنهي إلا أن ما ذكروه من الشروط
صارت مستثناة من قضية النهي فبقي ما عداها داخلا تحت النهي. وقال الشافعي
رحمه الله يجوز البيع بشرط الإعتاق وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله

لانه متعارف اذ بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا او غيرها وتفسير البيع بشرط
العتق ولنا ما ذكرنا ولان اشتراط حق العتق مفسد للعقد كالتدبير
والاستيلاد فاشتراط حقيقته احق وبيع العبد نسمة لا يكون بشرط العتق
بل يكون ذلك وعدا من المشتري ثم يعقد البيع مطلقا فلو اعتقه المشتري بعد
ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة
رحمه الله استحسانا وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة قياسا لهما ان
شرط الاعتاق متى كان مفسدا كان تحقيقه تقريرا للفساد لا رافعا
للفساد كسائر الشروط المفسدة الا ترى انه لو استهلكه بوجه آخر لا ينقلب
جائزا وله انه زال المفسد قبل تقرره فيجب الثمن كما لو اشتراه باجل مجهول
ثم اسقطه قبل مضيه وهذا لان هذا الشرط لا يلايم العقد بنفسه لان
قضيته جواز الاعتاق لا الالزام حتما ولكن يلايمه بحكمه لان العتق ينهي الملك
فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشيء بانتهائه يتقرر ومقرر الشيء مصحح له
ولهذا لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيب به يرجع بنقصانه بخلاف ما لو
باعه فاذا استهلكه فقد تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم
فاذا اعتقه تحققت الملايمة بحكم العتق وهو انتهاء الملك به فيترجح جانب الجواز
فكان الحال قبل ذلك موقوفا ولو باع امة بشرط ان يطاها المشتري او بشرط
ان لا يطاها فسد البيع فيهما عند ابي حنيفة رحمه الله لان العقد لا يقتضيهما
لان قضية اطلاق الاستمتاع لا التحرز عنه والالزام في الثاني حجر وعند
ابي يوسف رحمه الله صح في الاول لان العقد يقتضيه وفسد في الثاني لانه
لا يقتضيه وعن محمد رحمه الله صح فيهما لان الثاني ان لم يقتضيه العقد
فلا يرجع نفعه الى احد فكان هذا شرطا لا طالب له فلا يعتبر ولو اشترى بشرط
ان يقرضه المشتري دراهما او يهدي له هدية فسد لانه عليه السلام نهى عن بيع
وسلف اي قرض ولانه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه وليس فيه عرف
ظاهر ولم يرد الشرع بجوازه وينتفع به احد المتعاقدين ولو اشترى امة على
انها تخبز كل يوم كذا يفسد لانه لم يشترط صفة بل عملا لا يمكن الوفاء به
ولو اشترى امة الا حملها فسد البيع لانه لا يصح افراد الحمل بالعقد لانه بمنزلة
جزء منها حتى يتناوله بيع الاصل واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصودا فلا يصح
استثناؤها لان الاستثناء انما يعمل فيما عمل فيه الصدر واذا لم يصح استثناؤه بقي
شرطا فاسدا او فيه نفع للبايع والبيع يفسد بالشرط الفاسد كالكتابة
والاجارة والرهن الا ان الكتابة انما تفسد اذا كان المفسد متمكنا في العقد ٤٠
اي ما يقوم به العقد حتى لو كانت بشرط ان لا يخرج من الكوفة لا تفسد الكتابة

وليس له

وليس له ان يخرج لشبهها بالبيع من حيث ان العبد مال في حق المولى ولشبهها بالنكاح
من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين والهبة والصدقة والنكاح
والخلع والصلح من دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لانها لا تبطل
بالشرط الفاسد لان الفساد به باعتبار افضائه الى الربوا فيتحقق في المعاوضات دون
التبرعات والاسقاطات والوصية لا تبطل باستثناء الحمل ويصح الاستثناء حتى تكون
الامة وصية والحمل ميراثا لان الوصية اخت الميراث لانها خلافة بعد الموت
كالارث والارث يجري فيما في البطن بخلاف ما لو استثنى خدمتها لان الارث
لا يجري فيها حتى لو اوصى لرجل بخدمة عبده فمات الموصى له لا يستحق ورثته خدمته
ارثا عن الموصى له ولو باع امة او عبدا على ان يستخدم البايع شهرا او دارا على ان يسكنها
او على ان يسلم اليه الى راس الشهر او ثوبا على ان يقطعه البايع ويخيطه قميصا او قباء فسد
البيع لما مر من وجود الشرط فهو اجارة مشروطة في بيع وان لم يكن بمقابلته شيء
فهو اعارة مشروطة في البيع ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة
ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه فيختص بالديون ليتمكن من تحصيلها به
دون الاعيان لانها حاصلة فيبطل التاجيل في المبيع العين واذا شرط فيه يكون
شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد ولو اشترى نعلا على ان يشركه او يحذوه
صح استحسانا وقال زفر رحمه الله لا يجوز قياسا لما مر ولنا ان فيه عرفا
ظاهرا وفي النزع عن العادة حرج بين وصار كصبغ الثوب فان القياس ان لا يجوز لان
الاجارة بيع للمنافع والصبغ عين وجوزناها للتعامل ولو اشترى على انها حامل او على انها
تحلب كذا فسد البيع لان فيه شرط زيادة عين في العقد ولم يدر ايكون ام لا
فيدخل فيه الغرر ولم يجز البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر
اليهود وان لم يدر العاقدان ذلك لان الاجل مجهول وجهالته تؤدي الى النزاع
اذ البيوع مبنية على المماكسة والمضايقة حتى لو كان ذلك معلوما عند المتعا قدين
صح لان المانع الجهالة ولم توجد وكذا لو كان التاجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم صح لان عدد ايام صومهم معلوم واذا شرعوا في
صومهم صار وقت فطرهم معلوما فكان الاجل معلوما ولم يجز البيع
الى قدوم الحاج والحصاد والدياسة والقطاف والجداد للجهالة لانها تتقدم
وتتاخر لكونها من افعال العباد فيثبت بحسب ما يبدو لهم والآجال شرعت
بالاوقات قال الله تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس
ولو كفل الى هذه الاوقات صح لان هذه جهالة يسيرة مستدركة لاختلاف
الصحابة رضي الله عنهم فيها ولانها معلومة باعتبار اصلها وانما الجهالة في آخرها
ويمكن رفعها باعتبار الاقصى والجهالة اليسيرة محتملة فيها لا الفاحشة

كالكفالة إلى هبوب الريح لأنها تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا من غير
أن يقابلها شيء وفي النذر تحتمل الجهالة فإن كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء
باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا يحتمل الجهالة في المعاوضات فإن كانت يسيرة
فعملنا بالشبهين في الحالين ألا ترى أن الكفالة تحتمل الجهالة في أصل الدين حتى
لو كفل بما ذاب له على فلان صح ففي وصف الدين وهو الأجل أولى أما البيع فلا
يحتمل الجهالة في أصل الثمن حتى لو باع شيئا بثمن مجهول لا يصح فكذا في وصفه إذ الوصف
لا يخالف الأصل ولأن معنى الإفضاء إلى النزاع يشملهما ولا منازعة في الكفالة
لأنها تبرع ابتداء فتنبني على المسامحة ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات
صح لأن هذا تأجيل الدين والجهالة في الدين متحملة بخلاف ما لو اشترطا
في أصل العقد لأن العقد لا يتحمل الجهالة أما إذا أجل بعد العقد فقد عري
العقد عن المفسد فيصح وإن أسقط الأجل قبل حلوله صح أي لو باع إلى هذه
الآجال ثم أسقط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياسة وقبل قدوم
الحاج صح البيع خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لهما أن العقد وقع فاسدا فلا
ينقلب جائزا بإسقاط المفسد كما لو أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم
بالدرهمين وكما لو تزوجها إلى عشرة أيام ثم أسقط الأجل ولنا أن المفسد
شرط خارج عن صلب العقد وقد سقط قبل التقرر فينقلب العقد جائزا بخلاف
الدرهم الزائد لأن الفساد ثم في صلب العقد لأنه في أحد العوضين وبخلاف
النكاح إلى أجل لأنه عقد آخر غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا آخر
وقول صاحب المختصر فإن تراضيا بإسقاط الأجل وقع اتفاقا لأن رضى من له
الأجل كاف لأنه خالص حقه وحق الإنسان ما يتولى وحده إسقاطه وإثباته
ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما بطل البيع فيهما سمى لكل واحد
ثمنا أو لم يسم عند أبي حنيفة وإن سمى لكل واحد ثمنا صح في العبد والذكية
وإن جمع بين قن ومدبر أو مكاتب أو أم ولد أو بين عبده وعبد غيره صح في القن
وعبده بالحصة من الثمن خلافا لزفر رحمه الله له أن محل العقد المجموع ولا
محلية للمجموع لانتفاء محلية البيع في المدبر والمكاتب وأم الولد لما لهم من حق العتق
وقد جعل ذلك شرطا لقبول العقد في القن فيفسد العقد كله كما لو جمع بين حر
وعبد وهما اعتبرا البعض بالكل كما لو جمع بين أجنبية ومحرم في النكاح
بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأنه لو جاز في القن لجاز بقسطه من الثمن
وذا مجهول والجهالة مفسدة ولنا أنه لما جمع البائع بينهما في الإيجاب جعل
قبول العقد في كل واحد منهما شرطا لقبوله في الآخر بدليل أن المشتري
لا يملك قبول أحدهما دون الآخر والحر والميتة لا يدخلان تحت العقد أصلا

لعدم المالية فيهما فكان جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد أصلا شرطا للقبول
على العبد والذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشرط الفاسد بخلاف النكاح
لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد أما المبيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا تحت العقد
لوجود المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته وينفذ بيع المدبر والمكاتب
وأم الولد من أنفسهم وبيع المكاتب من غيره برضاه في أصح الروايتين ولو قضى قاض
بجواز بيع المدبر من غيره ينفذ قضاؤه وكذا في أم الولد ينفذ عند أبي حنيفة
رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله وقضاء القاضي في غير محله لا ينفذ فعلم أنهم دخلوا في
العقد ثم خرج عبد الغير باستحقاق سيده وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم فكان
هذا بيعا بالحصة بقاء كما لو اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل التسليم فلم يكن
شرطا لقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد
هنا ومتروك التسمية عامدا كالميتة فإن قيل ينبغي أن يجوز العقد فيما ضم
إليه لأنه مجتهد فيه كالمدبر فينفذ البيع فيه بقضاء القاضي قلنا حرمته منصوص
عليها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص فلا يعتبر خلافه فلا ينفذ بالقضاء ومن
جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح

فصل في أحكام البيع الفاسد

وإذا قبض المشتري المبيع ببيع فاسد بإذن البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع إن لم ينه
البائع بقيمته وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور لكونه
منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب ووسيلة
إلى إدراك المطالب فلا يناط به لاشتراط الملاءمة بين المؤثر والأثر ولأن النهي نسخ للمشروعية
للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا إذ من ضرورة كون الشيء منهيا
أن يكون قبيحا ضرورة حكمة الناهي ومن ضرورة كونه مشروعا أن يكون حسنا
لأنه مما يرضى به شرعا في ثبوت الملك وترتب الأحكام عليه قول بالمشروعية وهو باطل
ألا ترى أنه لا يفيده قبل القبض وبه يزداد الفساد والحرمة فأنى يثبت الملك به وصار
كالبيع بالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا أنه تحقق ملزوم الملك فيتحقق الملك وهو البيع
وهذا لأنه بيع حقيقة لصدور ركنه وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي من أهله
فأهل الشيء من يكون قادرا عليه وهو قادر عليه لتندفع حاجته مضافا إلى محل قابل
لحكمه والنهي الوارد في التصرفات الشرعية يقتضي تقرير الشرعية لا نسخها لأنه
يقتضي تصور المنهي عنه إذ النهي عما لا يتصور لغو لأنه يراد به عدم الفعل مضافا
إلى اختيار العبد فيعتمد تصوره ليكون العبد مبتلى بين أن يكف عنه باختياره
فيثاب عليه وبين أن يفعله باختياره فيعاقب عليه وتصور المشروع بشرعيته
فكان النهي لمعنى في غير المنهي عنه فيصير مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه
فيصير فاسدا فبان أن نعمة الملك ما نيطت بالمحظور بل بالبيع وهو مشروع

غير مخطوب • وانما المخطوبة ما يتصل به وهو الشرط الفاسد ونحوه كما في البيع
وقت النداء • فان النهي ورد لمعنى في غير البيع وهو الاشتغال عن السعي بسبب البيع
والاشتغال عن السعي غير البيع • فان قيل ذلك البيع مكروه وهذا فاسد فما وجه
الالحاق • قلنا هما سيان في ان النهي فيهما لغير راجع الى غير المنهي عنه وانما يرجع الى غيره
لكن ذلك الغير هنا متصل به وصفا فاثر في الفساد وثم مجاور فاثر في الكراهة اظهارا
للتفاوت • وانما لا يثبت الملك قبل القبض لانه لو ثبت قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى
لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض • ولانه واجب الرفع والقبض
بالاسترداد بعد القبض دفعا للفساد المتصل به • فلان لا يجب الملك قبل القبض
حتى تثبت الامتناع عن المطالبة اولى • ولان العقد الفاسد ضعيف لاقترانه بالفسخ
فيتاخر الحكم الى انضمام ما يقويه اليه وهو القبض كعقد التبرع والميتة ليس بمال في حق
احد • فلعدم ركن البيع لا ينعقد العقد • واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها
ثمنا والواجب في الخمر القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا • وشرط ان يكون القبض
باذن البائع الا ان الاذن تارة يكون صريحا وطورا يكون دلالة بان يقبض بحضرة
البائع في مجلس العقد وهو لا ينهاه • لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه
بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه صح استحسانا في الصحيح كما في الهبة • وان
قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه ولا يثبت الملك وان يكون كل
واحد من عوضيه مالا ليثبت ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عنه
البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن في رواية لانه اذا نفى الثمن فقد
نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا • وفي رواية ينعقد لان نفيه لم يصح لانه
نفي لحكم العقد • واذا لم يصح نفيه صار كانه سكت عن ذكر الثمن • ولو باع وسكت
عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد يقتضي المعاوضة
فاذا سكت عنه كان عوضه القيمة فكانه باع بالقيمة • وان لا يكون للبائع
خيار الشرط لان شرط الخيار يمنع الملك في الجائز ففي الفاسد احق • وانما يملك
المبيع بقيمته اذا كان من ذوات القيم فان كان من ذوات الامثال
لزمه المثل لانه مضمون بالقبض كالغصب • والمثل صورة ومعنى اعدل من المثل
معنى فلا يصار الى المثل معنى مع امكان المصير الى الاول • ويعتبر قيمته يوم القبض
وان زادت قيمته في يده فاتلفه لانه دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالمغصوب
وقال محمد رحمه الله عليه قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه قيمته
فتعتبر قيمته حينئذ • ولكل واحد من المتعاقدين فسخه قبل القبض بحضرة
من الاخر دفعا لسبب الفساد • وهذا لانه لما لم يفد حكمه كان الفسخ امتناعا عنه
ولكنه توقف على حضرته لانه الزام بموجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه • وكذا بعد

القبض

القبض ان كان الفساد في صلب العقد بان باع خمرا او خنزيرا لتقوي الفساد فيجب
اعدامه حقا للشرع • فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن
له منفعة الشرط دون من عليه عند محمد رحمه الله • لان منفعة الشرط اذا كانت
عايدة اليه صح الفسخ منه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخ الاخر
فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد • وعندهما لكل واحد من المتعاقدين
الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له الخيار قادر على تصحيحه
بالحذف والكلام قبله • الا ان يبيع او يهب او يحرر او ينبني • والاصل ان المشتري
شراء فاسدا اذا قبضه وتصرف فيه نفذ تصرفه فينقطع حق البائع بالاسترداد
سواء كان تصرفا لا يحتمل النقض كالتحرير والتدبير او يحتمله كالبيع ونحوه
الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد • ثم قيل المشتري
لا يملك العين ولكن يملك التصرف لانه سلطه عليه • ولهذا لو كان المبيع امة
حرم وطيها • والمختار انه يملك العين كما يملك التصرف بدليل ان الاب او الوصي
اذا باع عبد اليتيم بيعا فاسدا او قبضه المشتري واعتقه صح عتقه • ولو كان
عتق المشتري على وجه التسليط لما صح لانهما لا يملكان التسليط على الاعتاق
اذا ثبت هذا فنقول اذا باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه وسقط حق الاسترداد لتعلق
حق العبد بالبيع الثاني ونقض الاول لحق الشرع • وحقه اذا اجتمع مع حق العبد يقدم
حق العبد لان الله تعالى غني • والعفو منه ارجى لا تهاونا بحق الشرع • ولان الاول
مشروع باصله دون وصفه لما مر • والثاني مشروع باصله ووصفه فكان الثاني
اقوى • ولانه حصل بتسليط من جهة البائع فلا يملك نقضه لان سعي الانسان
في نقض ما تم من جهته مردود • بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة حيث
يملك الشفيع نقضه لان كل واحد منهما حق العبد • والشفيع مقدم على المشتري
وكذا على من قام مقامه • واستويا في المشروعية ولم يحصل تسليط من الشفيع
فلا يكون ساعيا في نقض ما تم من جهته • وكذا لو وهبه وسلمه او اعتقه صح
وينقطع حق الاسترداد وتلزمه القيمة في جميع ما ذكرنا لما مر • والكتابة
والرهن كالبيع لانهما لازمان فيثبت عجزه عن رد العين فتلزمه القيمة
الا انه يعود حق الاسترداد لعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع قبل تحول الحق الى
القيمة • والرجوع في الهبة بقضاء او غيره لانه عاد اليه قديم ملكه في الوجهين والرد عليه
بعيب قبل القضاء بالقيمة لما مر • ولو اجرها له ان ينقض الاجارة لما مر ويرد لانها تنفسخ
بالاعذار ورفع الفساد عذر • الا ترى ان المشتري اذا اجر المبيع ثم وجد به عيبا له نقض
الاجارة ليرده • فهنا اولى ولانها تنعقد ساعة فساعة فيكون الرد امتناعا بالاضافة
الى المنافع التي لم تحدث • ولو بنى في دار اشتراها شراء فاسدا او اتخذها مسجدا اعليه

قيمتها وينقطع في الاسترداد عند ابي حنيفة رحمه الله . وعندهما ينقض البنا وترد الدار
على صاحبها ويأخذ الشفيع بقيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا شفعة فيها
والغرس على هذا الاختلاف . لهما ان حق البايع في الاسترداد بالفساد فوق حق الشفيع
في الشفعة . الا ترى ان هذا لا يبطل بالتاخير وذا يبطل به . وهذا يصح بلا قضاء وبلا
رضى وذا لا يصح وهذا يورث وذا لا يورث . ثم ذلك الحق مع ضعفه لا يبطل بالبنا
والغرس بل ينقض البنا والغرس لحق الشفيع . فلان لا يبطل هذا الحق مع قوته وينقض
البنا والغرس له اولى . وله ان هذا امر حصل بتسليط البايع لانه سلطه على التصرف
ورضي به والبنا والغرس من جنس ما يدوم فينقطع حق الاسترداد كالبيع والهبة
بخلاف حق الشفيع لانه لا تسليط منه وحقه وان ضعف فلا يبطل بلا ابطال منه
ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا بناه . وشك يعقوب في الجامع الصغير
في حفظ الرواية عن ابي حنيفة لا في الاختلاف فان حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البايع بسبب البنا وثبوت حق الشفعة على الاختلاف فعنده يأخذ الشفيع
بقيمتها وعندهما لا شفعة فيها . وطاب للبايع ما ربح لا للمشتري اي لو اشترى امة
شراء فاسدا بالف درهم وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض طاب للبايع ما ربح
في الثمن ولا يطيب للمشتري ما ربح فيها بل يتصدق بالربح . واصله ان الربح نوعان
خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد في الملك . والمال نوعان ما يتعين كالعروض
وما لا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين كالمودع او الغاصب
اذا تصرف في العروض والنقد وربح يتصدق بالربح عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين
تتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث سلامة المبيع او تقدير الثمن فصار
ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث . واما الخبث لشبهة
لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك
فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثم شبهة هنا فيعتبر وشبهته فيما لا يتعين
ثم تنقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر . ولو ادعى على اخر الف درهم فقضاه الالف
وتصرف القابض فيه وربح ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين طاب له ربحه لانه
ملك المقبوض ملكا فاسدا لانه بمنزلة بدل المستحق . فان وجوب الدين بالتسمية
اي بتصادقهما اولا . فاذا تصادقا بعد التسمية انه لم يكن عليه صار بمنزلة ما
لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه . لان بدل المستحق مملوك ملكا فاسدا
كما لو باع امة بالف وتقابضا فاستحقت الامة كان الثمن مملوكا للبايع ملكا
فاسدا لوجوب رده عليه . ولكن لا يبطل فتتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل
الربح من دراهم غير مملوكة تتمكن في الربح شبهة الخبث . فاذا حصل من دراهم

فيهما

فيما شبهته عدم الملك كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا يعتبر . ولو اشترى او استاجر جو
او ارتهن فاسدا احبسه بالبدل الذي دفع الى البايع والموجر والراهن لا بدين كان
له عليه قبل هذه العقود . اعلم انه اذا اشترى من رجل عبدا بالف درهم ورطل
من خمر وتقابضا ثم نقض البايع البيع بحكم الفساد واراد ان يأخذ عبده من المشتري
فللمشتري منع العبد منه حتى يرد الثمن عليه لان البيع الفاسد ملحق بالجايز في الاحكام
ولو كان البيع جايزا ثم فسخا العقد فللمشتري حق حبس العبد الى ان يستوفي
الثمن من البايع كذا هنا . وهذا لان المبيع مقابل به . وان كان البيع فاسدا
فيصير محبوسا به وكان احق به كما في الرهن . وكذا لو استاجر اجارة فاسدة
بان استاجر عبدا ليخدمه شهرا بمائة درهم ورطل من خمر وتقابضا ثم اراد الموجر
ان ينقض الاجارة بحكم الفساد له ذلك وللمستاجر حق حبس العبد لاسترداد الاجرة
وكذا لو اقرضه الفا وارتهن من المستقرض رهنا فاسدا بان رهن نصف دار
ثم نقض الراهن الرهن بحكم الفساد فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي الدين . لان
المرتهن انما استفاد اليد على الرهن بمقابلة الدين الذي اقرضه فكان له حق حبسه كما
في الرهن الصحيح اذا تفاسخا الرهن . ولو اشترى من مديونه بدين له عليه سابق
شراء فاسدا وقبض العبد باذن البايع فاراد البايع استرداد العبد بحكم الفساد ليس
للمشتري ان يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح . وكذا
لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستاجر العبد ثم فسخ الموجر الاجارة
بحكم الفساد له ان يسترد العبد قبل ايفاء الاجر . وليس للمستاجر حق الحبس بالاجرة
بخلاف الاجارة الصحيحة . وكذا لو كان الرهن الفاسد بدين سابق على الرهن
وسلمه ثم اراد الراهن ان يسترده له ذلك بخلاف الصحيح . والفرق ان البيع اذا
اضيف الى الدراهم لا يتعلق بعين تلك الدراهم وانما يتعلق بمثلها في الذمة جايزا او
فاسدا الا ان في الجايز يثبت الملك في الثمن بمجرد العقد . فاذا وجب للمديون على المشتري
مثل الذي صار الثمن قصاصا لاستوائهما قدرا ووصفا فيصير البايع مستوفيا ثمنه
بطريق المقاصة فاعتبر الاستيفاء حقيقة . وثم للمشتري حق حبس المبيع الى ان
يستوفي الثمن كذا هنا . وفي الفاسد لم يملك الثمن بل يجب قيمة المبيع عند القبض
والقيمة قبل القبض غير متقررة لاحتمالها السقوط كل ساعة بالفسخ . ولان القيمة
قد تكون من جنس الدين وقد لا تكون ودين المشتري على البايع متقرر والمقاصة
انما تكون عند استواء الواجبين وصفا . ولهذا لا تقع المقاصة بين الحال والموجل
والجيد والرديء . واذا لم تقع المقاصة لم يصر البايع مستوفيا الثمن اصلا فلا يكون
للمشتري حق حبس المبيع بعد فسخ البيع . ولو كان الرهن باطلا بان استقرض
الفا ورهن به ام ولد او مدبرا له ان يسترده قبل قضاء الدين لان رهنهما باطل



فلم ينعقد الرهن عليهما اصلا فله استرداده قبل اداء المال • وقدم المشتري او المرتهن او المستاجر
على الغرماء في الفاسد من هذه العقود كما في جائزها اعتبارا للفاسد بالصحيح • وهذا
لانه كان احق به من البائع والراهن والمؤجر في حياتهم • وحق الغرماء انما يثبت من
جهتهم فيكون احق به منهم • ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة اخذها بعينها لتعينها
بالبيع الفاسد في الصحيح بخلاف ما يروى انها لا تتعين كما في الصحيح لانه كالغصب
في حكم النقض والاسترداد • وان كانت مستهلكة اخذ مثلها

فصل فيما يكره

وكره النجش لقوله عليه السلام لا تناجشوا وهو بفتحتين وروي بالسكون
ان تساوم السلعة باكثر من ثمنها وانت لا تريد شراءها ترغيبا للغير كي في الثمن الزائد
والسوم على سوم غيره لقوله عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه وهو ان يزيد في الثمن بعد تقرره لارادة الشراء • وهذا اذا ركن العا
قدان على مبلغ ثمن • فاما اذا ساومه بشيء ولم يركن احدهما الى صاحبه فلا باس
للغير ان يساومه ويشتريه • لان هذا بيع من يزيد ولا باس به لورود الاثر فهو
محل النهي في الخطبة ايضا ولا يستام نهي بصيغة النفي وهو ابلغ • وتلقي الجلب
اي المجلوب للنهي عنه • وهذا اذا تلقى واحد من اهل المصر الى جماعة جاؤوا بالطعام
الى هذا المصر وهم محتاجون اليه لما فيه من تضييق الامر على الحاضرين • فان كان
لا يضر فلا باس به • الا اذا لبس السعر على الواردين واشترى منهم بارخص الثمنين
فحينئذ يكره لما فيه من تعمية الاسعار على الواردين والاضرار بهم • وبيع الحاضر
للبادي لقوله عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي • وهذا اذا كان اهل البلد
في قحط وهو يبيع من اهل البدو رغبة في الثمن الغالي فيكره لانه اضرار بهم
فان لم يكن كذلك فلا باس به لعدم الاضرار • وقيل صورته ان يجيء البادي
بالطعام الى المصر فيتوكل الحاضر عن البادي ويبيع الطعام ويغالي الاسعار
على الناس فانه منهي عنه فانه لو تركه لباع بنفسه ورخص بالسعر • والبيع
عند اذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع • ولان فيه اخلالا بالسعي الواجب
على بعض الوجوه بان قعدا عن البيع او وقفا بخلاف ما لو كانا ماشيين والمعتبر
الاذان بعد الزوال • وانما كره البيع في جميع هذه الصور ولا يفسد • لان النهي
باعتبار معنى مجاور للبيع في صلبه ولا في شرائط صحته والنهي الوارد بمعنى
مجاور لا يقتضي الفساد بل يقتضي الكراهة • وقول صاحب الهداية رحمه الله
لان الفساد في معنى خارج مشكل الا ان يؤول بما ذكرنا • ولا باس ببيع من يزيد
وتفسيره ما بيناه • ولانه عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد • ولان
حاجة الفقراء ماسة الى هذا البيع فيجوز دفعا لحاجتهم • ولا يفرق بين صغير
وذي رحم محرم منه بخلاف الكبيرين والزوجين فالاصل ان من ملك

مملوكين

مملوكين واحدهما صغير او كانا صغيرين واحدهما ذو رحم محرم من الاخر
لم يفرق بينهما لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين
احبته يوم القيامة • ووهب النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه اخوين مملوكين
صغيرين • ثم لقيه بعد ذلك فقال ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال
ادرك ادرك • وفي رواية اردد اردد • ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير
والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من جهة قرب
القرابة ففي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك الترحم عليه • وقد قال عليه السلام
من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا • فان قيل اليس ان الحربي
اذا دخل دارنا بغلامين اخوين صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا باس
بشرائه منه وان كان فيه تفريق • قلنا لو لم يشتر منه لعاد به الى دار الحرب
ويتمكن منه • وشراؤه منه انظر من مراعاة التفريق • والمنع معلول بالقرابة المحرمة
للنكاح لا يدخل فيه محرم غير قريب كامراة الاب ولا قريب غير محرم كابني العم
ولا الكبيران لان كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستانس احدهما
بالاخر بل يتاذى منه باحسان السيد الى احدهما • وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم
بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين ولان الزوجان وان كانا صغيرين
لعدم هذه القرابة والنص ورد بخلاف القياس لوجود المطلق للبيع في القرابة المحرمة
للنكاح فيقتصر عليها ولا بد من اجتماعهما في ملكه • حتى لو كان احد الصغيرين له والاخر
لابنه الصغير وهو في حجره له ان يفرق بينهما في البيع لان الملك متفرق فلا يلحقه نهي
التفريق وهو متفرق • ولو كان التفريق بحق مستحق يجوز كدفع احدهما بالجناية
وبيعه بالدين ورده بالعيب بان اشتراهما لنفسه فوجد باحدهما عيبا • له ان يرده
ويمسك الثاني • لان المنع من التفريق لدفع الضرر عن الصغير • ولا يجوز دفع الضرر
عن شخص على وجه يلحق الضرر بشخص اخر فاذا تعلق باحدهما حق فالمنع عن ايفاء
الحق اضرار بصاحب الحق • ويباع الابعد لو قريبان • اي لو كان مع الصغير قريبان
احدهما اقرب كما لو كان مع الام او الجدة عمة او خالة او اخ • او مع الاخت لاب
وام اخت لاب او لام يباع الابعد لان شفقة الابعد عند مقابلة الاقرب كالمعدوم
وان استويا في القرب فاتحدت جهة القرابة كالاخوين والخالتين والعمتين
يكتفى بالواحد ويباع الاخر • لان حق الصغير مرعي به لانه يستانس به
ويقوم بحوائجه • فان اختلفت جهة القرابة لا يفرق كالاخت لاب والاخت
لاب وام وابوين بان ادعاه رجلان معا وعمة وخالة • لان لكل واحد منهما
نوع شفقة ليس للاخر • وله بكل واحد منهما استيناس لا يحصل ذا بالاخر • مسبية
معها صبي وادعت انه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق

لان قول الواحد مقبول في الديانات خصوصا فيما بني على الاحتياط ولا يفسد
البيع في الكل وان كره التفريق وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجوز في قرابة
الولاد لقوتها ويجوز في غيرها لضعفها وعنه انه لا يصح البيع في الكل
اذ الامر بالادراك بالاستدراك وبفساد البيع وكذا الامر بالرد لا يكون الا
في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فينعقد
والنهي عن بيع احدهما لمعنى مجاور للبيع غير متصل به فهو الاضرار بالصغير
فلا يفسد العقد كالنهي عن السوم على سوم غيره والمروي محمول على طلب الاقالة
او بيع الاخر ممن باع منه احدهما

باب الاقالة

قال ابو حنيفة رحمه الله هي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما
الا ان لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة فيبطل لصحة فسخها للتعذر صحتها
فسخا اذ الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقا للشرع وهو لا يصح الاقالة الا
بطريق الفسخ وعندهما يصح بيعا اذا ولدت بخلاف ما لو كانت الزيادة متصلة
لانها لا تمنع الفسخ عنده فامكن تصحيحها فتصح فسخا وقال ابو يوسف
رحمه الله بيع جديد الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كان المبيع منقولا ولم يقبضه
المشتري او تقايلا في بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما فيجعل فسخا الا ان لا
يمكن جعلها بيعا وفسخا بان باع العرض بالدراهم وتقايلا بعد هلاك العرض
او تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول فيبطل لان بيع المنقول
قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا ثمنا اخر وقال محمد
رحمه الله فسخ ان كانت بالثمن الاول او بالاقل الا اذا تعذر جعلها فسخا بان
تقايلا بعد القبض بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض
بخلاف جنس الثمن الاول فيجعل بيعا الا ان لا يمكن ان جعلها فسخا وبيعا فيبطل
كما لو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول لما مر لمحمد رحمه الله
ان الفسخ اصل في الاقالة وهو موضوعها فانها في اللغة اسقاط ورفع ولهذا
يقال في الدعاء اللهم اقلني عثرتي اي اسقطها وارفعها وكذا العاقدان قصدا
بالاقالة فسخ البيع ولهما ولاية على انفسهما فيجعل فسخا اعمالا لموجبها الا ان لا يمكن
جعلها فسخا فيجعل بيعا لانها تحتمل البيع اجماعا لوجود معنى البيع فيها وهو مبادلة
المال بالمال بالتراضي ولهذا كانت بيعا في حق ثالث ولابي يوسف رحمه الله انها
تمليك وتملك بتراض فالبايع يملك الثمن من المشتري والمشتري يملك المبيع من البايع
فكانت بيعا وان تلفظا بالاقالة اذ العبرة للمعاني لا للالفاظ فالكفالة بشرط براءة
الاصيل حوالة والحوالة بشرط براءة المحيل كفالة ولهذا تبطل بهلاك السلعة
وترد بالعيب ويتجدد للشفيع حق الشفعة وهذه احكام البيع الا ان يتعذر فيجعل

فسخا

فسخا لانها تحتمله ولابي حنيفة رحمه الله انها تنبئ عن الفسخ والرفع كما مر
والاصل في الكلام ان يحمل على حقيقته ولا تحتمل الفسخ والرفع معنى ابتداء العقد
ليحمل عليه عند التعذر لانه اثبات وتحقيق فكانت بينهما مضادة والشيء لا يحتمل
ضده فاذا لم يمكن ان يجعل فسخا بطل ضرورة كما لو حصل الفسخ بلفظ المفاسخة
او المتاركة ولا يقال لو لم تحتمل البيع لما كانت بيعا في حق الثالث لان ذا
ضروري لثبوت حكم البيع وهو ثبوت الملك ببدل لا باعتبار الصيغة فاعتبر موجب
الصيغة في حق العاقدين لا في حق غيرهما لولايتهما على انفسهما لا على غيرهما اذا ثبت
هذا فنقول تصح الاقالة بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته
اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما وحق الانسان ما يتولى اسقاطه
واثباته فكان لهما ولاية رفعه دفعا لحاجتهما وشرط الاقل والاكثر بلا تعيب
وجنس اخر لغو لزمه الثمن الاول بنيابة اذا باع عبدا بالف درهم وتقايلا العقد
بالف صحت وان تقايلا بالف وخمسمائة صحت الاقالة بالف ويلغو ذكر خمسمائة بناء
لان الفسخ يتعذر على الزيادة لاستحالة رفع ما ليس بثابت غاية ما في الباب انه شرط
خمسمائة يكون شرطا فاسدا غير ان الاقالة لا تبطل بالشرط الفاسد بيع درهم بدرهم همين
فان البيع يفسد بثبوت درهم زايد ولا يحصل كانه باع درهما بدرهمين
ويبطل الدرهم الزايد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع لانها اثبات
ما لم يكن ثابتا فيتحقق الزيادة ولا يمكن اثبات الزيادة في الاقالة لانها رفع ما
كان ثابتا ورفع ما كان زايدا على ما كان محال وهذا ايد قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله انها فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد وان
تقايلا بخمسمائة والمبيع بحاله لم تثبت صحة الاقالة بالف لانه لا يمكن تصحيحها
بخمسمائة فيبطل ذكر خمسمائة وتبقى الاقالة فيجب على البايع رد الالف على المشتري
وان دخله عيب صحت الاقالة بخمسمائة والمحطوط بازاء العيب لانه لما احتبس عند
المشتري بعض المبيع لا يبعد ان يحتبس عند البايع بعض الثمن وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا اذ البيع اصل عند ابي يوسف رحمه الله
وعند محمد رحمه الله جعلها بيعا ممكن فاذا زاد فقد قصد البيع فيجعل بيعا
وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رحمه الله لانه الاصل عنده وعند
محمد رحمه الله فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو اقال وسكت
عن الكل يكون فسخا فهذا احق ولو كانت بثمن موجل تكون الاقالة بالثمن
الحال عنده ويبطل التاجيل لانه سكوت عن وصف الثمن وهو كونه حالا واذا
دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما مر وان اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن
الاول عند ابي حنيفة رحمه الله ويلغو ذكر جنس اخر وعندهما يكون بيعا

أما عند أبي يوسف رحمه الله فللأصل وأما عند محمد رحمه الله فللجعل ولو كان المبيع
أمة وولدت ولدًا ثم تقايلا لا تبطل الإقالة عند أبي حنيفة رحمه الله لما مر وعند أبي يوسف
رحمه الله يكون بيعًا للأصل وكذا عند محمد رحمه الله للجعل والإقالة قبل القبض
في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد وكذا عند أبي يوسف في المنقول
لأن البيع متعذر وبيع المنقول قبل القبض لا يصح إجماعًا وفي العقار يكون بيعًا
عنده قبل القبض وبعده لصحة بيع العقار قبل القبض عنده وهلاك المبيع يمنع صحة
الإقالة وهلاك الثمن لا يمنع لأن شرط صحة الإقالة قيام العقد لأنها رفع العقد
فيقتضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لأن المبيع محل إضافة العقد بخلاف
الثمن وهذا لأن الثمن إنما يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد وما يكون
وجوده بالعقد كان حكمًا للعقد وحكم العقد لا يكون محل العقد لأن محل العقد
شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وحكم الشيء يعقبه وبينهما تناف ولهذا إذا هلك
المبيع قبل القبض بطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن وهلاك بعض المبيع يمنع بقدره اعتبارًا للبعض
بالكل وإن تقايضا تصح الإقالة بعد هلاك أحدهما بأن يجعل معقودًا عليه
أو لعزله الآخر فيجعل كل واحد منهما مبيعًا فكان البيع قائمًا وفائدة كونها فسخًا
في حقهما بيعًا في حق الثالث يظهر فيما لو اشترى عبدًا من رجل بدراهم وتقابضا
ثم تقايلا ثم باع من المشتري قبل أن يقبضه البائع صح ويحتاج المشتري إلى تجديد
القبض لأنه بعد الإقالة في يد المشتري مضمون بغيره وهو الثمن فلا ينوب
عن قبض الشراء كالقبض بالرهن بخلاف قبض الغصب ولو باعه البائع من غير المشتري
قبل أن يسترده لا يصح لأن الإقالة فسخ في حقهما بيع جديد في حق غيرهما فصار
فصار في البيع من غيره بائعًا للمبيع قبل القبض فلا يصح وفي البيع منه بائعًا لما عاد إلى
قديم ملكه بالفسخ فيصح ولو تصارفا فتقابضا فتقايلا أو تفرقا قبل القبض بطلت
الإقالة لأنها بيع في حق الثالث واشتراط القبض في الصرف حق الشرع ولو لم
يتفرقا حتى تبايعا بعد التقايل يشترط القبض لأنه بنفس الشراء لم يصر قابضًا
لأنه مضمون بغيره حتى لو افترقا قبل القبض بطل البيع الثاني ولهذه الإقالة وسيأتي
غيرها إن شاء الله تعالى

باب المرابحة والتولية والزيادة والحط وغيرها

التولية بيع بالثمن السابق بلا زيادة ربح والمرابحة بيع بالثمن
السابق وزيادة ربح والأصل في جواز التولية ما روي أن أبا بكر رضي الله عنه
اشترى بعيرين عند قصد الهجرة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولّني أحدهما
فقال هو لك بغير شيء فقال عليه السلام أما بغير شيء فلا فدل على جواز التولية ولأن
الناس تعاملوا بهما بلا نكير وهو حجة ولأن شرائط الجواز متحققة فيهما وقد مست
الحاجة إليهما إذ الغبي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي فيها فيشتري منه

بمثل ما اشترى

بمثل ما اشترى أو بزيادة ربح لئلا يغبن بأكثر من هذا أو لم يعتمد على فضله
ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاجتناب عن كل تهمة وخيانة إذ لو لم
يبنيا على الأمانة فات المقصود وهو دفع ضرر الغبن عن الغبي وشرطهما كون
الثمن الأول مثليًا فلا تصح المرابحة والتولية حتى يكون الثمن الأول من المثليات
كالمكيلات والموزونات إذ لو لم يكن مثليًا بأن كان عبدًا أو ثوبًا لا تتحقق
المرابحة والتولية لأن البيع بمثل الثمن الأول بزيادة أو بدونها يعتمد كون الثمن
الأول مثليًا وإن لم يكن البدل في العقد الأول مثليًا بأن اشترى عبدًا بثوب فباعه
مرابحة ممن لا يملك ذلك البدل بطل البيع لأنه إذا لم يكن مثليًا فلو انعقد العقد
ينعقد بقيمة ذلك البدل وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن وجهالة الثمن تمنع جواز
العقد حتى لو كان الذي اشتراه مرابحة ممن يملك ذلك البدل أي الثوب وقد
باعه بربح ده يازده لا يصح لأنه باعه بالثوب وببعض قيمته لأن تسمية ربح
ده يازده يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لأنه جعل الربح مثل عشر
الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه ويجوز أن يضم إلى رأس المال أجر القصار
والصبغ والطراز والفتل والحمل وسوق الغنم والأصل أن عرف التجار معتبر
في بيع المرابحة فما جرى العرف بإلحاقه برأس المال يلتحق به وما لا فلا وما عددناه
ملحق برأس المال في عادة التجار ولا يعدون ذلك خيانة أو يقال ما يزيد في ثمن
المبيع أو في قيمته يلحق به وما لا فلا والمذكورة بهذه الصفة لأن الصبغ يزيد في العين
والحمل والسوق يزيدان في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف أجر
الراعي والطبيب وكذا بيت الحفظ وأجر تعليم القرآن والحساب وعمل من الأعمال
لأنه ليس فيها عرف ظاهر بالإلحاق برأس المال ولأن أجر الراعي للحفظ كأجر
بيت يحفظ فيه الغنم والحفظ لا يزيد في عين الشيء ولا في قيمته وثبوت الزيادة
في المتعلم لمعنى فيه وهو الذهن والذكاء ثم ما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجبًا
زيادة في مالية العين إذ التعليم شرط ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته
بكذا لأنه يكون كذبًا لأن الشراء بالشيء ما ذكر ثمنًا في العقد فإن خان
في المرابحة فهو بالخيار إن شاء أخذه بكل الثمن وإن شاء ترك وإن خان في التولية
حطها من الثمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحط
فيهما وقال محمد رحمه الله لا يحط فيهما ويخير لأنهما باشرا عقدًا باختيارهما بثمن
سمياه فينعقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعه مساومة وهذا لأن ذلك الثمن غير
معلوم وهذا الثمن معلوم فكان القول بوقوع البيع بثمن معلوم أولى من القول بوقوعه
بثمن مجهول وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف
فإذا ظهرت الخيانة فقد فات الوصف المرغوب في الثمن فيتخير كما لو وجد

المبيع معيبا. ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل هو لفظ المرابحة والتولية ولهذا
ينعقد البيع بقوله وليتك بما اشتريت أو بعتك مرابحة على ما اشتريت إذا كان
ذلك معلوما وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني في
حق الثمن على الأول وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الأول فلا يمكن إثباته
في العقد الثاني فيحط ضرورة. غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال
وفي المرابحة منه ومن الربح حتى لو ابتاع ثوبا بعشرة دراهم على ربح خمسة
وظهر أن البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان
وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما لأن الربح على
الكل وقد ظهرت خيانته في الكل فيظهر الأثر في الربح أيضا. ولأبي حنيفة
رحمه الله في الفرق بينهما أن التولية بناء على العقد الأول من كل وجه فلا بد من
تقديره بالأول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الأول فأما المرابحة فمبنية
على العقد الأول من كل وجه لا العقد الأول فيما ما لم يكن مسمى في العقد الأول
فلا يجب تقديره في الثمن الأول بل هو عقد مبتدأ باشتراه باختيارهما فينعقد
بالثمن المسمى فيه. ولهذا لا يحتاج في التولية ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من تسمية
الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بما سمياه. ولأنه لو لم يحط في التولية لم تبق
تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيصير مرابحة فيتغير التصرف ولو لم يحط
في المرابحة وثبت جميع المسمى تبقى مرابحة إلا أن الربح فيه أكثر مما ظنه المشتري
فلم يتغير التصرف. فإذا أمكن تقدير المرابحة مع اعتبار التسمية اعتبرناهما
وأثبتنا الخيار لفوت الرضى. فلو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع
الفسخ عند ظهور الخيانة لزمه جميع الثمن وسقط خياره عند أبي حنيفة رحمه الله
وهو المشهور من قول محمد رحمه الله لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار
الرؤية والشرط. وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره. بخلاف
خيار العيب لأن المستحق للمشتري المطالبة بتسليم الجزء الفائت فيسقط ما يقابله
إذا عجز عن تسليمه. وعن محمد رحمه الله أن المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على
البائع بالثمن الذي سلمه إليه بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف.
ومن اشترى ثوبا وباع بربح ثم اشترى طرح كل ما ربح إن باعه مرابحة. ولو أحاط
بثمنه لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يبيعه مرابحة
على الثمن الأخير. وصورته إذا اشترى ثوبا بعشرة وقبضه ثم باعه بخمسة عشر
وتقابضا ثم اشتراه بعشرة يبيعه مرابحة بخمسة ويطرح عنه ما ربح وهو خمسة
ويقول قام علي بخمسة ولا يقول اشتريته بخمسة لئلا يكون كاذبا. ولو اشتراه
بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا. وعندهما

يبيعه

يبيعه مرابحة بعشرة في الفصلين لأنه شراء جديد وأحكامه منقطعة عن أحكام
العقد الأول وقد سمي عليه المرابحة. ولا يعتبر ما سبق لأن المرابحة بيع ما اشترى
بمثل ما اشترى وزيادة. ولهذا لو باعه المشتري من ثالث ثم اشتراه الأول
منه يبيعه مرابحة بالثمن الأخير. وله أن ما ربح المشتري مرة له شبهة الحصول
بالعقد الثاني لأنه كان على عرض البطلان بأن يجد المشتري بالثوب عيبا
فيرده ويسترد منه كل الثمن فيبطل حقه في الربح وبالشرى ثانيا وقع الأمن عن
البطلان فاستفاد بالشرى الثاني وتأكد الربح الأول. وللتأكد شبهة
بالإيجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل الدخول نصف الصداق إذا رجعوا لأن
شهادتهم أكدت نصف المهر الذي كان على شرف السقوط بالردة وتمكين
ابن الزوج. وبيع المرابحة تمتنع بالشبهة كما تمتنع بالحقيقة. ألا ترى أنه لو كان
على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبعه مرابحة بعشرة لأن الصلح مبني
على الحط والمسامحة. ولو وجد حقيقة الحط لم يبعه مرابحة بعشرة فكذا إذا
وجدت شبهته فصار في الفصل الأول كأنه اشترى في العقد الثاني وخمسة
دراهم بعشرة فالخمسة بإزاء الخمسة وبقي الثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة
وفي الفصل الثاني كأنه اشترى الثوب وعشرة بعشرة فصارت العشرة بالعشرة
ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة. ولا يقال على هذا ينبغي أن
يفسد الشرى الثاني في الفصل الثاني لأن الربح الأول لم يبق مقابلا بالثمن الثاني
حقيقة وإنما يثبت له شبهة المقابلة من حيث إن للتأكيد شبها بالإيجاب
والشبهة تكفي لمنع بيع المرابحة ولا تكفي لإفساد العقد. لأن المنع في المرابحة
لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان. وإذا رضي به بعد البيع يجوز
بخلاف ما لو تخلل بينهما ثالث لأن التأكد الربح بالبيع من الثالث وقع الأمن
به من البطلان واستند المشتري الأول بالشرى الثاني تأكد الربح وههنا
بخلافه. عبد مأذون عليه دين محيط برقبته اشترى ثوبا بعشرة وباعه
من سيده بخمسة عشر باعه سيده مرابحة بعشرة كعكسه. أي لو اشترى
بعشرة وباعه من العبد بخمسة عشر باعه العبد مرابحة بعشرة والمكاتب
كالمأذون. ولو تبين أنه اشتراه من عبده المأذون أو المديون أو من مكاتبه له أن يبيعه
مرابحة على خمسة عشر. وأصله أن المرابحة لما كانت بيعا بمثل الثمن الأول وزيادة
تبتنى على الأمانة ونفي الجناية حقيقة وشبهة. وقد تمكنت الشبهة ههنا لأن العقد
الذي جرى بين المولى والعبد صحيح له شبهة العدم لأنه عبده والعبد وما في
يده لسيده. وإنما صح العقد لمكان الدين مع قيام المانع فالحاصل للعبد لا يخلو
عن حق المولى لأن مكاسب المكاتب والعبد المديون ملك المولى من وجه

فجعل العقد الذي جرى بين السيد والعبد كالمعدوم في حق المرابحة وبقي الاعتبار
العقد الاول وصار كان العبد اشتراه للمولى بالوكالة بعشرة في الفصل الاول
كان العبد يبيعه للمولى بالوكالة في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول • مضارب
بالنصف باع ما اشترى بعشرة من رب المال بخمسة عشر رابح باثني عشر ونصف
صورته رجل دفع الى رجل عشرة دراهم مضاربة على ان يكون الربح بنصفين
فاشترى المضارب بالعشرة ثوبا ثم باعه من رب المال بخمسة عشر درهما
فان هذا البيع يجوز عندنا • وعند زفر رحمه الله لا يجوز بيع رب المال من المضارب
ولا بيع المضارب من رب المال اذا لم يكن في المال ربح • لان البيع تمليك مال نفسه
بمال غيره وهو هنا يشتري ماله بماله ولنا ان كل واحد منهما بهذا العقد يستفيد
ملك اليد وان لم يستفد ملك الرقبة وجواز العقد يتبع الفائدة • واذا جاز البيع عندنا
فاذا اراد رب المال ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة على اثني عشر درهما ونصف • لانا
وان قضينا بجوازه ففيه شبهة عدم الجواز لان المضارب وكيل عن رب المال
في البيع الاول من وجه فانه يعمل له من وجه في ماله ولهذا ابرجع بالعهدة على رب المال
فصار بيع المضارب مع رب المال باطلا في حق نصف الربح لان ذلك حق رب المال
فاما درهمان ونصف حق المضارب ولا شبهة في اصل الثمن فلذا يبيعه مرابحة على اثني عشر
درهما ونصف • رابح بلا بيان بالتعيب ووطي الثيب وبيان بالتعييب ووطي البكر
اي لو اشترى امة فاعورت عنده او وطيها وهي ثيب باعها مرابحة بلا بيان لان
جميع ما يقابله الثمن قايم اذ الفايت وصف فلا يقابله شيء من الثمن اذا فات بلا صنيع
احد • ومعنى اداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقي جميع ما يقابله الثمن • ولهذا
لو فات في يد البايع قبل قبض المشتري لا يسقط باعتبار شيء من الثمن الا ان المشتري
بالخيار ان شا اخذه بكل الثمن وان شاء تركه • وكذا المستوفي بوطي الثيب
لا يقابله شيء من الثمن لانه ليس بمال والمسئلة فيما اذا لم ينقصها الوطي • وعن
ابي يوسف وهو قول زفر والشافعي رحمهم الله في الفصل الاول لا يبيع بلا بيان
لاحتباس جزء من العين عنده فصار كما لو احتبس بفعله ولو علم المشتري لما رغب
فيه فان فقاء عينها بنفسه او فقاءها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى
يبين لانه حبس بعض المبيع فلا يملك بيع الباقي بالكل اذ الاوصاف اذا صارت
مقصودة بالتناول صار لها حصة من الثمن حتى اذا اتلف البايع شيئا من الثمن او صاف
المبيع سقط حصته من الثمن وهذا لان ما فات كالسالم له معنى باخذ بدله
ان جنى غيره وكذا ان جنى بنفسه لانه لو لا الملك لكان مضمونا عليه فصار
سقوط الضمان عنه كالبدل له • واذا وطيها وهي بكر لم يبعها مرابحة
حتى يبين لان العذرة جزء من العين فيقابلها شيء من الثمن فصار كما اتلفها

كقطع

كقطع العضو وقد حبسها فلا يرابح بلا بيان • ومن اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق
نار والقرض بالفاء وقيل بالقاف يبيعها مرابحة بلا بيان • وان تكسر الثوب بنشره
وطيه فانتقص لزمه البيان لما بينا • ومن اشترى شيئا بالف نسيئة فباعه بربح مائة
بلا بيان فعلم المشتري بذلك له الخيار ان شاء رده وان شا اخذه بكل الثمن • لان
للاجل شبها بالمبيع فانه يزاد في الثمن لاجل الاجل فيلحق بحقيقته احتياطا فصار كانه
اشترى شيئين ثم باع احدهما مرابحة بثمنيهما وذكر المرابحة دلالة على السلامة عن
مثل هذه الجناية • فاذا ظهر خلافه تخير كما في العيب • فان اتلف المشتري
المبيع ثم لزمه بالف ومائة ولا يرجع بشيء لانه لا حصة للاجل من الثمن حقيقة
وكذا التولية اي ان ولاه رجلا ولم يبين نسيئة ثم علم المشتري رده ان شا •
لان الجناية في التولية مثل الجناية في المرابحة لبنائهما على الثمن الاول • وان اتلفه ثم علم
لزمه بالف حال ولا يرجع على البايع بشيء لما مر • وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يرد قيمة العين ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان
عشرة جياد وعلم بعد الانفاق فعنده يرد مثل الزيف ويرجع بالجياد • وكان
الفقيه ابو جعفر يختار للفتوى ان يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع المشتري
على البايع بفضل ما بينهما عملا بعادة الناس • وهذا اذا كان الاجل مشروطا في العقد
فان لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه مرسوم متعارف كما هو الرسم
بين التجار ان لا يطالبوا بالثمن جملة • بل المشتري يؤدي الثمن منجما في كل اسبوع
ثم ان المشتري باعه مرابحة فقيل لا بد من بيانه لان الثابت بالعرف كالمشروط
بنص العاقدين • ولو كان الاجل مشروطا لم يبعه مرابحة بلا بيان فكذا اذا كان
متعارفا • الا ترى ان اللوازم في بعض الاشيا تستحق بالعرف وتجعل كالمشروط
فهذا كذلك والجمهور على انه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وبان مسامحة
البايع فاستوفى الثمن منه منجما لا يخرج من ان يكون حالا • قال صاحب المحيط
رحمه الله فيه ذكر الخيار في الاجل المشروط واية فيمن اشترى شيا وصار مغبونا
غبنا فاحشا له ان يرده على البايع بحكم الغبن • وقال القاضي ابو علي النسفي رحمه الله
فيه روايتان عن اصحابنا ونفتي برواية الرد رفقا بالناس • وكان صدر الاسلام
ابو اليسر رحمه الله يفتي بان البايع ان قال للمشتري قيمة متاعي كذا او قال متاعي يساوي
كذا فاشترى بناء على ذلك فظهر خلافه له الرد بحكم الغرور وان لم يقل ذلك فليس
له الرد • وبعضهم لا يفتون بالرد بكل حال • والصحيح ان يفتي بالرد اذا وجد
الغرور • وبدونه لا يفتي بالرد • ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري
بكم قام عليه فسد البيع لان الذي قام عليه ما اشتراه به وما لحقه من المون التي
تلحق بالثمن وذا لا يعرف الا ببيان البايع • فاذا لم يبين كان الثمن مجهولا فيفسد

البيع

فان اعلمه البايع في المجلس صح البيع وللمشتري الخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات
المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التاخير الى اخر المجلس عفوا
كتاخير القبول فان القبول في اخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما
ساعات فكذا العلم الحاصل في اخر المجلس كالعلم الحاصل في اوله فيصح على تقدير
الابتداء فاما بعد الافتراق فلا صلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا
فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه ان البيع فاسد فان اعلمه البايع
في المجلس صح والا لا وانما خير لخلل في الرضا لان الرضى لم يتكامل قبل المعرفة بمقدار
الثمن كما لا يتكامل لعدم الروية للجهل بصفات المبيع فورود الشرع باثبات الخيار
ثمة ورود هنا فان قيل ينبغي ان لا يكون للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء لما مر
ان الموجود في اخر المجلس جعل كالموجود في اوله فلهذا كان له الخيار
ثوبان يساويان بعشرين سلما او بيعا لم يرابح بثوب بعشرة ويرابح لو فصل اي لو
اسلم عشرة دراهم في ثوبين من جنس واحد وبين جنسهما ونوعهما وصفتهما
وذرعهما على السوى وقبضهما عند محل الاجل واراد ان يبيع احدهما مرابحة
على خمسة يكره ما لم يبين وقالا لا يكره لان حصة كل واحد من راس المال معلوم
لانه ينقسم عليهما باعتبار الصفقة وهما سيان كما لو سمى حصة كل واحد منهما
ولابي حنيفة رحمه الله ان راس المال ينقسم عليهما بعد القبض باعتبار قيمتهما لا باعتبار
صفتهما اذ الصفة في الحاضر لغو وانما تعتبر حين كانا موصوفين في الذمة والقيمة
تختلف باختلاف المقومين فيكره بيعه مرابحة كما لو اشتراهما ولو اشترى ثوبين
بعشرين كل واحد منهما بخمسة بعقد واحد ثم باع احدهما مرابحة على خمسة لا يكره
وقال محمد رحمه الله يكره لان ضم الردي الى الجيد من عادة التجار فتمكنت التهمة
فيه ولو اشترى ثوبا بعشرة يساوي عشرة فاشترى اخر ثوبا بعشرة يساوي عشرين
وامره ببيعه مع ثوبه فقال المامور لرجل قام الثوبان علي بعشرين وابيعك
بربح عشرة فاشتراهما وقبضهما ووجد بثوب الامر عيبا فارده فقال المشتري
اشتريتهما صفقة واحدة بعشرين وانقسم الثمن والربح اثلاثا فارده بثلثي الثمن
وقال البايع بصفقتين فرده بالنصف فالقول للمشتري لان الثمن الاول ان كان
متفرقا اي في صفقتين فالثمن الثاني ينقسم بقدر الثمنين وان كان مجتمعا
اي في صفقة فعلى القيمتين وظاهر ما قال البايع شاهد للمشتري لانه قال قاما
علي بعشرين وذا انما يستعمل في صفقة واحدة فكان القول للمشتري مع يمينه
بانه ما يعلم ان الامر كما قال البايع وان اقاما البينة فالبينة للمشتري ايضا لانه
يثبت الزيادة في ثمن الثوب المردود فيرد الثمن وياخذ من البايع عشرين ثلثي الثمن

ويرجع

ويرجع المامور على الامر بنصف الثمن خمسة عشر ويغرم خمسة في ماله لان لزوم الزيادة
يتعلق بقوله قاما علي بكذا وفي عكسه القول للبايع اي لو ادعى المشتري صفقتين وادعى
البايع صفقة فالقول للبايع لانه ينكر زيادة الصفقة والبينة للمشتري لانه يثبت
زيادة الصفقة والبينات للاثبات والله اعلم **فصل** صح بيع العقار قبل قبضه
لا بيع المنقول وقال مالك يصح بيع المبيع قبل القبض في غير الطعام لانه عليه السلام
قال فيه يدا بيد لا في غيره وقال محمد رحمه الله وزفر والشافعي رحمهم الله لا يصح
بيع العقار قبل القبض ايضا لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض وهذا عام لم
يلحقه خصوص فلا يصح تخصيصه بالقياس ولانه مبيع لم يقبض فلم يصح بيعه
كالمنقول وهذا لان البيع لم يشرع الا بالقدرة على التسليم وذا يكون باليد
ولا يد للمشتري على المبيع قبل القبض ولهما انه لا يتوهم انفساخ العقد فيه
بالهلاك وهو مقدور التسليم فيصح بيعه كالمهر وهذا لان هلاك العقار
نادر اذ لا يمكن تغييبه ليصير هالكا حكما وانما يثبت له صفة الهلاك اذا صار
بحرا وهذا ابعد من استحقاق المنقول بعد القبض والمطلق للتصرف الملك وهو حاصل
لكن الاحتراز عن الغرر واجب فاذا لم يتوهم غرر الانفساخ فات المانع فصح
العقد بخلاف المنقول لتوهم انفساخ العقد فيه بهلاكه فيتبين انه باع ما لا
يملكه فيتمكن فيه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والحديث
مخصوص وبيع المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث قبل قبضه يصح اتفاقا
لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك وكذا لا يتوهم انفساخ العقد هنا على انه
لم يتناول المتنازع اذ لا يتاتى فيه القبض الحقيقي لانه يكون بالنقل فتكون المسالة
مبنية على الخلاف في غصب العقار واجارته قبل القبض على الخلاف والاصح ان
الاجارة لا تصح اتفاقا وعليه الفتوى لان الاجارة تمليك المنافع والمنافع كالمنقول
في احتمال الهلاك ومن اشترى مكيلا كيلا او موزونا وزنا او معدودا عدا لم يحل
للمشتري منه اكله وبيعه حتى يكيله او يزنه او يعده ولو اشترى مذروعا
مذارعة فباعه قبل الذرع صح والاصل ان الاموال ثلاثة انواع مقدرات كالمكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة ومذروعات فان اشترى شيئا منها مشارا اليه
مجازفة صح التصرف فيه بعد القبض لانه معلوم بالاشارة وان اشترى شيئا منها
بشرط كيل او وزن او عد او ذرع فان لم يقبض بطل التصرف فيه وبعد القبض
لم يجز التصرف في المكيل والموزون قبل الكيل والوزن لنهيه عليه السلام
عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري والنهي عن البيع
يقتضي الفساد اذا كان المعنى في البيع وقد وجد اذ البيع تناول ما يحويه الكيل
والوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فما لم يكل لنفسه او يزن لا يثبت البيع

عن غيره فكان المبيع مجهولا فيفسد البيع • ولأن أصل القبض شرط جواز التصرف
في المبيع فكان تمام القبض شرطا أيضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا أو وزنا
من تمام القبض لأن القدر معقود عليه فيما بيع كيلا أو وزنا حتى يلزمه رد
الزيادة إن زاد • وينتقص من الثمن حصة ما انتقص والقبض غير متعين لتوهم
الزيادة والنقصان بخلاف ما إذا باع مجازفة لأن الزيادة له إذ البيع وقع على
المشار إليه لا على مقدار بعينه وتصوير الزيادة في المجازفة بأن يكون لرجل طعام
فاكتاله ثم باعه مجازفة فاكتاله المشتري فزاد على الكيل الأول فالزيادة
للمشتري • وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الذرع صفة • حتى لو زاد
كانت الزيادة له • ولو انتقص لم يرجع بشيء فلم يكن فيه جهالة ولا اختلاط
المبيع بغيره لكون الزيادة مبيعا تبعا والزيادة هنا للبائع • إذ القدر ليس بوصف
والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه • ولا يمكن التحرز عنه إلا بالكيل
والوزن فيجب • ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري • لأن
الشرط صاع المشتري وصاع البائع فلم يوجد • ولأن الكيل لتعيين المبيع
ولا بيع هنا فلا يعتبر التعيين قبله • ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري •
لأن الكيل من باب التسليم إذ به يتبين المبيع عن غيره إلا بحضرة المشتري
إذ لا تسليم بلا متسلم حاضر فالتسليم إلى الغائب لا يتحقق • ولو كاله بعد
البيع بحضرة المشتري مرة قيل لا يكتفى به لظاهر ما روينا والصحيح أنه يكتفى به
وعليه الجمهور • إذ الغرض منه إعلام المبيع وإفرازه وذا حاصل بالكيل مرة •
والحديث محمول على السلم لكنه إذا اشترى برأس مال السلم فيه بشرط الكيل
ووكل رب السلم بقبضه فإنه لا يصح إلا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط
الكيل أحدهما شراء المسلم إليه وثانيهما قبض رب السلم لنفسه وهو كالبيع
الجديد فيجتمع الصفقتان • وعلى بيع العين بأن باع مكيلا مكايلة بعد ما
اشتراه مكايلة فإنه يحتاج إلى كيلين • والمعدود عند أبي يوسف ومحمد
رحمهما الله كالمذروع • إذ لا يجري الربوا بين المعدودين كما لا يجري
بين المذروعين • وعند أبي حنيفة رحمه الله كالموزون لأنه ساواه فيما
تعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة • فإن من اشترى جوزا على أنه
ألف فوجده ألفا وزيادة لزمه رد الزيادة وإن انتقص رجع بحصته من الثمن •
بخلاف الربوا فإنه مبني على قيام المماثلة بدليل توجبها ولم يوجد فكان
قوله أوضح • ولو اشترى كر بر فاكتاله ثم وزنه آخر فكاله المشتري
فزاد ما لم يجر بين الكيلين رده على بائعه لظهور الخطأ قطعا وإن كان يجري
لا يرده وهو للمشتري بكل الثمن لأن هذا تفاوت لا يمكن اعتباره • والتصرف

في الثمن

في الثمن قبل قبضه جائز • لأن المطلق للتصرف الملك وقد وجد • والنهي ورد في المبيع
لاحتمال غرر الانفساخ بالهلاك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لأنه دين ثابت
في الذمة ولا يتعين بالتعيين • ويجوز أن يزاد في الثمن للبائع ويجوز أن يحط من الثمن
ويزاد في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله • والأصل أن الزيادة والحط يلتحقان بأصل
العقد عندنا • فيصير كأن العقد ورد على هذا العقد القدر • وعند زفر
والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الهبة • لأن الزيادة
لو التحقت بأصل العقد لصارت ثمنا والثمن اسم لما يقابل ملك الغير والمبيع ملك المشتري
فلو صححنا الزيادة لجعلنا ملكه مقابلا بملكه وذا لا يجوز • وكذا الحط لأن
الثمن كله صار مستحقا بالعقد فلا يخرج بعضه من أن يكون ثمنا إلا بفسخ العقد
في ذلك القدر • والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر على أن الثمن معقود
به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به • ألا ترى أن حط الكل مبتدأ
وكذا حط البعض • ولنا أنهما بالزيادة والحط غيرا العقد من وصف مشروع
إلى وصف مشروع فيصح ويجعل كالمذكور في أصل العقد كما لو كان البيع
بخيار لهما فأسقطا الخيار • أو بغير خيار فشرطا الخيار لهما أو لأحدهما • وهذا
لأن البيع شرع رابحا وخاسرا وعدلا • والزيادة في المبيع أو الثمن والحط يغيرن إلى
أحد هذه الأوصاف ولا يرفع أصله كما شرع باتا • فيختاره والتغيير بغير وصفه
وهذا لأن الزيادة في الثمن تجعل الخاسر عدلا أو العدل رابحا • والحط يجعل الرابح
عدلا أو العدل خاسرا وهما يملكان التصرف في أصل العقد بالنقض بالإقالة
فأولى أن يملكا تغييره من وصف إلى وصف • لأن التصرف في صفة الشيء أهون من
التصرف في أصله • وإذا صحت الزيادة والحط التحقا بأصل العقد لأن وصف الشيء
لا يقوم بنفسه وإنما يقوم بالموصوف • بخلاف حط الكل لأنه مغير لأصل العقد
لأنه يصير هبة لا لوصفه فلا يلتحق به • ولأنه لو التحق بأصل العقد يفسد العقد
لأنه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغييرا للعقد من وصف مشروع إلى وصف غير مشروع
ومتى جوزنا الزيادة على اعتبار الالتحاق كانت الزيادة عوضا عن ملك الغير لا عن ملكه
إذ حكم الزيادة حكم المزيد عليه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على
الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط
وإنما لم تظهر الزيادة في حق الشفيع حتى كان له أن يأخذ بالشفعة بدون الزيادة
لأن حق الشفيع متعلق بالعقد الأول فلا يملكان التصرف فيه فيما يرجع إلى الإضرار
بالشفيع فلم تظهر الزيادة في حقه ثم لم يتعلق بهذا العقد عقد آخر فظهرت الزيادة
فيه • وإنما تصح الزيادة إذا كان المبيع قائما بقيام محل العقد لأن الزيادة تغيير
العقد من وصف إلى وصف فتستدعي قيام العقد وقيامه بقيام المعقود عليه

فلو اجر المشتري او رهن او ذبح او خالط او اتخذ سيفا او قطعت يده واخذ المشتري
ارشها صحت الزيادة لقيام المعقود عليه. الا ترى انه لو باع من المرتهن والمستأجر
او باع بعد الذبح والخياطة وغيرهما يصح. ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد
او مات او قتل او وهب او باع او طحن او نسج او تخمر او اسلم مشتري الخمر لا يصح
الزيادة لفوات محل العقد فالعقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير
الغاصب احق بهما. بخلاف الذبح وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الزيادة تصح
كالحط. وجه ظاهر الرواية ان المعقود عليه لم يبق على وجه يصح الاعتياض
عنه فلا يمكن اثبات الزيادة عوضا لانه لا بد لاثبات الزيادة عوضا من اعتبار
الحال ثم الاستناد الى وقت العقد وقد تعذر اثباتها في الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد
كالبيع الموقوف فانه لا بد من قيام المبيع عند الاجازة ليثبت الملك مستندا الى وقت
العقد. وصح الحط في الكل لان عمله في اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا
والشرط فيه قيام الثمن لا قيام المعقود عليه والثمن باق فيثبت الحط على سبيل الالتحاق
باصل العقد. ولو اشترى عبدا بالف فباعه من آخر بمائة دينار فزاد الآخر خمسين
دينارا ورد بعيب بقضاء رجع بالثمن والزيادة لان الزيادة لما التحقت باصل
العقد صار الكل ثمنا كان العقد ورد على الثمن. ورد على بائعه
لان المبيع عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه اذ الرد بالعيب بقضاء فسخ في حق الكل
فصار كان العقد لم يجر بين المشتري الاول وبين المشتري الآخر. ولو جددا
العقد او تقايلا ثم تبايعا ثم رد بقضاء لا يرد على بائعه لان الاقالة بيع في حق
الثالث والبائع الاول ثالثهما. ولو زاد المشتري الثاني عوضا يساوي خمسين دينارا
نصف الثمن وهلك العرض قبل قبض المشتري الاول ينفسخ البيع في ثلث العقد
لان الزيادة تلتحق باصل العقد فكان المبيع في ثلث العقد فينتقض بهلاك احد
احد العوضين لهلاك المعقود عليه قبل التسليم. ولو رد ثلثي العبد بعيب بقضاء
رد كل العبد على بائعه الاول لعود الكل اليه بالفسخ اما الثلث فلانفساخ
العقد فيه بهلاك احد العوضين وهو فسخ من الاصل. واما في الثلثين فلانفساخ
من الاصل لكونه نقضا. ولو تقايلا في الثلث ثم رد ثلثيه بقضاء لا يرد شيئا
من العبد على بائعه الاول بالعيب لعود الثلث اليه بالاقالة وهو بيع جديد
في حق البائع الاول فتعذر الرد فيه وفي الباقي لما فيه من تفريق الصفقة على البائع
الزيادة انما تتبع الولد الحادث حال هلاك الام لانه صار اصلا بهلاكها بخلاف
ما لو كانت قائمة. لان الولد تبع والتبع لا يعارض الاصل في استتباع الزيادة
ويعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد مذ قبض وقيمة الزيادة مذ زادت
لانه يعتبر كل في وقت سبب الضمان وسبب ضمان الام العقد والزيادة

القصد

القصد بها الزيادة والولد القبض. رجل اشترى امة بالف فولدت ولدا فزاد البايع
عبدا وقيمة كل واحد الف وازداد الولد الفا وقبض الكل قسم الثمن على الام
والعبد الزيادة نصفين لما مر انه تبع للاصل. فما اصاب الام وهو نصف الثمن
قسم عليها وعلى ولدها اثلاثا. ثلثاه بمقابلة الولد اعتبارا لقيمته يوم القبض وثلثه
بمقابلة الام. فبأي وجد عيبا رده بقسطه من الثمن ولو لم تلد ولكن ضرب عينها
عينها ودفع بها فهو كالولد في انه يعتبر قيمته يوم القبض. ولو ولدت فماتت
فزاد صحت الزيادة لقيام الولد مقام الاصل حال فوات الاصل في استتباع الزيادة
فيقسم الثمن اولا على الام والولد اثلاثا فما اصابها سقط بموتها وما اصابه قسم
عليه وعلى الزيادة. فلو هلك العبد يهلك بحصته من الثمن. ولو هلك الولد بان
فساد الزيادة لعدم المزيد وبان ان الام ماتت بكل الثمن فرد العبد مجانا. ولو
اشترى امتين بالفين فولدت احداهما ولدا فماتت فزاد البايع عبدا وقيمة
كل واحد الف وازداد الولد الفا فقبضهم قسم الثمن اولا على الامتين نصفين
فما اصاب الام قسم على الام وولدها اثلاثا اعتبارا لقيمة الولد يوم القبض ولقيمة
الام يوم العقد وسقط قسطها بهلاكها وثلث الثمن للولد ثم قسم العبد الزيادة
على ما في الولد والحية من الثمن فيستتبع الولد خمسي العبد والحية ثلاثة اخماسه
وقسم ما في الولد من الثمن وهو ثلث الالف عليه وعلى خمسي الزيادة اسداسا بقدر
قيمتهما وقيمة خمسي الزيادة اربعمائة وقيمة الولد الفان فجعل كل اربعمائة سهما
لانه المغني للاكثر فصار خمسا الزيادة سهما وصار الولد خمسة اسهم وما في الحية
عليها وعلى ثلاثة اخماس العبد اثمانا بقدر قيمتهما وقيمة الحية الف وقيمة ثلاثة اخماس
الزيادة ستمائة فجعل كل مائتين سهما لانه المغني فيكون للامة خمسة اسهم
وثلاثة اخماس الزيادة ثلاثة اسهم فكان الكل ثمانية اسهم. فلو هلك الولد قبل قبضه
كان ظهر انه لا يقابله شيء وان الام هلكت بنصف الثمن والنصف في الحية والزيادة
تتبع الحية وخير المشتري لتغير المبيع قبل القبض. ولو بقي وقيمته الف سقط بموت
الام الربع وفيه ربع فقسم ما فيه عليه وعلى ثلث العبد الزيادة لانه يقسم بين الولد
والحية اثلاثا ثلثاه تبع لها وثلثه تبع للولد ارباعا بقدر قيمتهما ربعه في ثلث الزيادة
وثلاثة ارباعه في الولد. وما في الحية عليها وعلى ثلثي العبد اخماسه في الحية وثلثاه في
خمسي الزيادة. وصح تأجيل كل دين حال حتى لو باع شيئا بثمن حال ثم اجله اجلا
معلوما صار مؤجلا لان الحلول حقه فله اسقاطه بتأجيله تيسيرا على من عليه الثمن
ولهذا يملك اسقاط المطالبة مطلقا بالابراء فاولى ان يملك اسقاطها موقتا بالتأجيل
ولو اجله الى اجل مجهول فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح
حتى لو اجله عند الاقراض مدة معلومة وبعد الاقراض لا يثبت الاجل ولهان

بطالبه في الحال. اعلم ان القرض مال يقطعه من امواله فيعطيه لغيره وما ثبت عليه
دينا فليس بقرض. والدين يشمل ما وجب في ذمته دينا بعقد او استهلاك وما صار
في ذمته دينا باستقراضه فهو اعم من القرض. وقال مالك رحمه الله التأجيل
في القرض لازم لانه صار دينا في ذمته بالقبض فيصح التأجيل فيه كسائر الديون. ولنا
ان القرض اعارة وصلة ابتداء. ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملك القرض من لا يملك
التبرع كالصبي والوصي والعبد والمكاتب ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله
فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالاعارة فان المعير وان وقتها سنة
له ان يستردها من ساعته. ولان الاجل لو لزم فيه لصار التبرع ملزما على المتبرع
شيئا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الاجل وذا ينافي موضوع التبرعات وشرط ما ينافي
العقد لغو وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير مبادلة الدراهم بمثلها نسيئة وهو حرام
وهذا بخلاف ما لو اوصى ان يقرض من ماله فلانا الف درهم الى سنة حيث يلزم من ثلثه
ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع كالوصية بالخدمة والسكنى
فيلزم نظرا للموصى له

باب الربوا

هو في اللغة عبارة عن الفضل يقال
هذا يربو على هذا اي يفضل. قال الله تعالى وما اتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند
الله. وسمي المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع عن فضل مال لا يقابله
عوض في معاوضة مال بمال. وهو محرم في كل مكيل او موزون اذا بيع بجنسه
لقوله تعالى وحرم الربوا. وذكر التخبط والمحق والحرب والخلود دليل نهاية حرمته
وعلته القدر والجنس فالاصل فيه قوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة
والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد او استزاد
فقد اربى. وفي رواية والفضل ربا. وهذا حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول
معلول باتفاق القايسين خلافا لاصحاب الظواهر لانهم لا يرون القياس حجة
فيقتصر حكم الربوا على الاشيا الستة لكن العلة عندنا القدر والجنس ونعني بالقدر
الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن. وعند الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط. فحرمة هذه الاموال اصل عنده والجواز بعارض
المساواة في المعيار الشرعي مع القبض في المجلس. وعندنا اباحة البيع في هذه الاموال
اصل كما في ساير الاموال والفساد بعارض فوات المساواة بوجود الفضل الخالي
عن العوض قطعا او وهما. له قوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا
سواء بسواء فذكر الطعام وهو مشتق من الطعم مشعر بان الطعم علة. لان الحكم
متى ترتب على اسم مشتق كان موضع الاشتقاق علة للحكم. كما في قوله تعالى والسارق
والسارقة والزانية والزاني. فعلة القطع والجلد السرقة والزنا. ولان الاثبات بالنفي
مشعر بان حرمة البيع اصل والجواز بعارض المساواة. ولو اقتصر على قوله عليه السلام

لا تبيعوا

لا تبيعوا الرجل بيع احدهما بالاخر بحال. والطعام يتناول القليل والكثير فثبت
حرمة البيع في الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والتمرة
بالتمرتين والجوزة بالجوزتين. والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص النص المعلل
وذا باطل. ولان جواز بيع هذه الاموال بشرطي التماثل والتقابض يشعر بان موجبهما
وصف في المحل ينبئ عن زيادة الغرر والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط. لانه متى
تعذر طريق اصابته بشرط الزيادة الحكم خطره في اعين المتملكين كالعقد الوارد على
الابضاع لما اختص بشهود وولي دون ساير المعاملات دل على ان المستحق به ماله خطر
وهو البضع فيعلل بعلة تناسب اظهار الغرر والخطر وهو الطعم لبقاء النفوس به والثمنية
لبقاء الاموال التي هي مناط لحياتها. اذ الاموال انما تبقى اموالا ما دامت لها اثمان لئلا يكون
ما يبذل الثمن بمقابلته مالا كالكف من تراب ونحوه. فالاموال سبب بقاء الانفس بوصف
انها مملوكة او وسيلة اليه. ولا اثر للجنسية والقدر في زيادة الغرر والخطر لثبو تهما
في خطير ومهان. ولكن الحكم لا يثبت الا عند وجود الجنسية فجعلناها شرطا لا علة والحكم
يدور مع الشرط كما يدور مع العلة كالرجم مع الاحصان. والفرق بينهما
في التاثير وعدمه. الا ترى انه عليه السلام عند بيان حكم الربوا ذكر كل الاثمان وانفس
كل مطعوم لما تعذر بيان كل مطعوم. والبر انفس مطعوم بني ادم والشعير انفس
علف الدواب والتمر انفس الفواكه والملح انفس التوابل ليشعر ان العلة هي الطعم
ولو كان القدر علة لكان ذكر هذه الاشيا تكرارا محضا اذ صفة القدر لا تختلف
في هذه الاربعة. ولهذا قال مالك رحمه الله العلة الاقتيات والادخار لانه خص
بالذكر كل مقتات فتلحق به. ولنا قوله عليه السلام لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين
ولا الصاع بالصاعين. ولا يراد به عين الصاع فثبت ان المراد به ما يحويه. وهو بعمومه
يتناول كل مكيل مطعوما او غيره كالجص والنورة. ولا يقال ان المجاز لا
عموم له لكونه ضروريا لان له عموما كالحقيقة اذ عمومهما باعتبار الالف واللام وغيرهما
لا لكونهما حقيقة. ولان الحديث المشهور قد اوجب المماثلة شرطا لجواز البيع وهو
المقصود بسوق الحديث. لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل اذ الباء للالصاق
فدل على اضمار فعل وذا بيعوا لقوله عليه السلام بعدها في رواية فاذا اختلفت هذه
الاصناف فبيعوا كيف شئتم وذكره عند الاختلاف دليل على انه المضمر عند الاتفاق
وقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء اذ النهي عن الشي امر بضده
وقوله مثلا بمثل حال لما سبق والاحوال شروط كما لو قال ادخلت الدار راكبا والامر
للايجاب. والبيع مباح فصرف الامر الى الحال التي هي شرط. اي بيعوا بوصف
المماثلة وقد تعلق المباح بشرط يجب مراعاته كالاشهاد في النكاح. وروي
مثل بمثل اي بيعها مثل بمثل وهو اخبار في معنى الامر بل اكد منه تحقيقا لمعنى البيع

إذ هو تمليك المال بالمال بطريق التقابل وذا بالتماثل في متحد الجنس بحيث يقابل كل
جزء من هذا العوض بما يماثله إذ لو فضل أحد العوضين لخلا ذلك الفضل عن العوض
فلا يتحقق معنى التقابل ولا يتحقق المعاوضة بل يكون استحقاقا فالذلك القدر
بلا عوض خلا فيه فيحرم صيانة للأموال عن التوى إذ شرط الفضل مثل المال لأنه
يستحقه بلا منة وعوض. والبيع شرع لتحصيله لا لإتوائه فيكون شرطا غير ملائم
للبيع فبطل تتميما لفائدة التبايع بوجود التقابض المطلق للتصرف. إذ المشروط له
الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والآخر يمتنع عن التسليم لوجود الضرر
فيتعاديان في التنازع وهو فساد وما يفضي إلى الفساد فهو فاسد. نعم قد يرضى
به لكن ربما يندم لأن طبعه لا ينقاد ظاهرا لكونه مجبولا على حب المال والمغبون
غبنهما جور غير محمود. فربما يتنازعان عند التسليم والتسلم ثم يلزم عند فوت المماثلة
التي هي شرط الجواز حرمة الربو لقوله عليه السلام والفضل ربو. فالفضل اسم
لكل زيادة والربا اسم لزيادة هي حرام. وإذا كان حكم النص وجوب المماثلة
وحرمة الفضل بناء عليه فتعلل بعلة تؤثر في إيجاب المماثلة وهو القدر والجنس
لا الطعم والثمنية. لأن وجوب المماثلة لا يكون إلا في محل قابل لها والمماثلة بين الشيئين
باعتبار الصورة والمعنى لأن كل محدث موجود بصورته ومعناه فإنما تقوم المماثلة
بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فتحصل به المماثلة معنى ولا عبرة للوصف لقوله
عليه السلام جيدها ورديها سواء وبالإجماع. فإن بيع قفيز جيد بقفيزي ردي وفلس
لا يصح ولأن ما لا ينتفع بها إلا بهلاكه فمنفعته في ذاته فيهدر الوصف فيعتبر
الوصف ولأن الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا لقلته. ولأن في اعتباره سد
باب البيع وهو مفتوح فما يؤدي إلى انسداده فهو مردود والطعم والثمنية من أعظم
وجوه المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق والإباحة بأبلغ الوجوه لشدة الحاجة إليها
دون التضييق. إذ الحاجة تؤثر في الإباحة كالميتة تحل عند الحاجة وكالطعام
في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة. ولا يباح تناول سائر الأموال فتعليل الحرمة
بما له أثر في الإطلاق لا في الحرمة فاسد لإفضائه إلى فساد الوضع. نعم موضع
الإشفاق علة إذا كان صالحا كالزنا والسرقة. أما إذا لم يكن صالحا لهذا
لا يثبت فلا. وسياق النص دليلنا لأنه ذكر الأشياء الستة وعطف بعضها على بعض
وذكر للكل حكما واحدا فلا بد أن تكون علة الكل متحدة إذ الحكم المشترك لا بد له من
علة مشتركة وذا فيما ذكرنا لا فيما ذكر. فإن قيل ماذا تعني بقولك العلة
القدر مع الجنس إن عنيت أنه علة الربو فهو ظاهر الفساد. لأن بيع المكيل والموزون
بجنسه متماثلا يصح مع وجود العلة. وإن عنيت أنه علة وجوب المساواة فليس
فيما بيننا إشارة إليه. قلنا هي علة وجوب المساواة وحرمة الفضل وقد أشرت

إلى ذلك

إلى ذلك لأني بينت أن الحديث أوجب المساواة. وإنما يتصور وجوبها في محل يقبلها
وذا إنما يحصل بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة تجب المساواة. وباعتبار
وجوب المساواة يحرم الفضل لفوات حكم الأمر وما يوجب أحد الضدين يقتضي
نفي الضد الآخر إذا كان مفوتا له كالأمر بالإمساك في رمضان يقتضي حرمة
الأكل والشرب والوقاع لأن الضد مفوت للمأمور به. فثبت أن القدر
والجنس علة وجوب المساواة وحرمة الفضل. ومعنى قولهم علة الربو القدر والجنس
علة وجوب المساواة التي تلزم عند فوتها الربو أو علة كون المال ربويا أو علة
حرمة الفضل. وإذا ثبت أن العلة القدر والجنس تعدت إلى سائر المقدرات سواء
كان مطعوما أو لا. وإذا بيع المكيل كالبر والشعير وهما جنسان لاختلافهما
اسما ومعنى خلافا لمالك رحمه الله والتمر والملح. أو الموزون كالذهب والفضة وما
يباع بالأواقي بجنسه مثلا بمثل صح لتحقق شرطه وهو التماثل في المعيار. إذ هو المراد
بالمثل ألا ترى أنه روي مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل. وفي الذهب بالذهب وزنا
بوزن. وإن تفاضل أحدهما لم يصح لوجود العلة وفوت شرط الجواز فيتحقق الربا
وجيده ورديه سواء حتى لا يصح بيع الجيد بالردي مما فيه الربو إلا مثلا بمثل
لما مر أن الوصف غير معتبر. ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين
لأن المحل لا يقبل المساواة لأنها بالمعيار ولم يوجد. فلم يتحقق الفضل المحرم إذ المراد
به الفضل على القدر لأن الفضل لا يتصور إلا بناء على المماثلة والمراد بالمماثلة القدر بالنص
فكذا الفضل عليها لا محالة ولهذا يتضمن بالقيمة عند الإتلاف. وعند الشافعي
رحمه الله لا يجوز لوجود العلة وهي الطعم والمخلص المساواة بالمعيار الشرعي ولم يوجد
وما دون نصف الصاع في حكم الحفنة إذ لا تقدير في الشرع بما دونه. بخلاف نصف
الصاع لورود التقدير فيه شرعا في صدقة الفطر وغيرها. فأدنى ما يجري فيه
الربا في البر في المكيلات نصف صاع وذا مدان. حتى لو باع منوين من البر بثلاثة
أمناء منه لا يصح. ولو باع منا بمنوين يصح. ولو تبايعا مكيلا أو موزونا
غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لم يجز عندنا لوجود العلة وهي
القدر والجنس وفوت شرط الجواز وعنده يجوز لعدم العلة وهي الطعم والثمنية
فحرم الفضل والنساء بهما والنساء فقط بأحدهما. وحلا بعدمهما. أي إن وجد
القدر والجنس حرم الفضل والنساء لوجود العلة. وإن وجد أحدهما وعدم الآخر حل
الفضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروي أو برا في شعير. وإن عدما حل
الفضل والنساء لعدم العلة. والأصل فيه الإباحة فحرمة ربا الفضل بالوصفين
وحرمة النساء بأحدهما. وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النساء
لأن بالنقدية وعدم النقدية يتحقق شبهة الفضل وحقيقة الفضل فيه غير مانع

حتى يجوز بيع ثوب بثوبين فأولى أن لا يمنع لشبهته • ولنا أنه مال الربو من وجه نظرا
إلى أحد الوصفين لوجود المستوي بينهما من وجه إما ذاتا بالقدر أو معنى بالجنس والنقد
خير من النسيئة فيتحقق الربو وهي كالحقيقة حتى فسد البيع مجازفة لاحتمال الربو
وهذا لأن كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما فلكل واحد
شبهة العلة فيثبت بشبهة العلة شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقة • ألا ترى
أنه لو أسلم قفيز بر في قفيز شعير لا يصح إجماعا • ولا يقال إنه بعض العلة وببعض
العلة لا يثبت الحكم لأنه علة تامة لحرمة النسا وإن كان بعض العلة لحرمة ربا
الفضل • إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران أو القطن أو الحديد يصح وإن جمعها أحد
الوصفين وهو الوزن لأنهما لم يتفقا في صفة الوزن • فالزعفران أو نحوه يوزن
بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين
بالتعيين • ولو باع شيئا بالنقود بشرط الوزن وقبضها له أن يتصرف قبل الوزن •
ولو اشترى زعفرانا بشرط الوزن ليس له أن يتصرف فيه قبل الوزن • فإذا اختلفا في
الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فصار كالموزون مع المكيل
وإنهما استويا قدرا ولكن لما اختلفا في القدر جاز إسلام أحدهما في الآخر فكذا النقود
مع سائر الموزونات • وهذا لأنهما إذا اتفقا في الوزن من كل وجه صح تحريم الشبهة
الربا • فإذا اختلفا من هذه الوجوه انحطت الشبهة إلى شبهة الشبهة فلا تعتبر • وكل
شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل أبدا • وإن اعتاد
الناس بيعه وزنا كالبر والتمر والملح • وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا
فهو موزون أبدا كالذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف • لصيرورة العرف
حجة بالنص فهو قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن • ولأن الأقوى
لا يترك بالأدنى فلذلك لا يصار إلى العرف مع وجود النص • وما لم ينص عليه فهو محمول
على عادات الناس عملا بالأدنى عند عدم الأقوى • حتى لو تعارفوا فيه الكيل فهو مكيل
وإن تعارفوا فيه الوزن فهو موزون • وإن تعارفوا الكيل والوزن فهو مكيل وموزون •
وعن أبي يوسف رحمه الله أن المعتبر في كل الأشياء العرف • فاعتبر العرف على خلاف
المنصوص عليه • لأنه إنما كان مكيلا وموزونا في ذلك الوقت العرف والتنصيص على
أحدهما باعتباره وقد تغير • فعلى هذا لو باع البر بجنسه وزنا أو الذهب بجنسه
متساويا كيلا لم يجز عندهما • وإن تعارفوا ذلك لأن البر مكيل فشرط جوازه
المساواة وزنا وبالعكس لا تعرف المساواة فيما هو المعتاد فيه شرعا فلم يجز كما لو باع
مجازفة • إلا أنه لو أسلم في البر ونحوه وزنا يصح في رواية الطحاوي عن أصحابنا رحمهم الله
لأن المماثلة لا تشترط في السلم فيه وإنما يعتبر الإعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في
التسليم وذا تحصل بذكر الوزن كما تحصل بذكر الكيل • وروى الحسن عن أصحابنا

رحمهم الله لأن المماثلة لا تشترط في السلم فيه وإنما تعتبر الإعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم
وذا تحصل بذكر الوزن كما تحصل بذكر الكيل • وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يجوز
لأنه مكيل بالنص والفتوى على الأول لعادة الناس • وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني
معناه ما يباع بالأواقي كالأدهان ونحوها فإنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع
بها وزنا إلا أنه يشق وزن الدهن لأنه لا يستمسك إلا في وعاء • وفي وزن كل وعاء حرج فاتخذت
الأواقي لذلك تيسيرا بخلاف سائر المكاييل • وإذا كان موزونا فلو بيع الدهن بمثله مكيل
لم يعتبر بالوزن كان مجازفة فلم يجز لاحتمال الربو • ويعتبر التعيين لا التقابض في
غير الصرف • اعلم أن التقابض شرط في بيع الصرف في المجلس لما سيأتي في كتابه إن شاء الله
وفي غيره مما فيه الربو يعتبر التعيين لا التقابض • وقال الشافعي التقابض شرط في بيع
الطعام بالطعام لقوله عليه السلام يدا بيد والمراد به القبض وإنما كني عنه لأنها آلته
ولأنه المراد في النقدين فكذا في غيرهما • ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض
وللمقبوض مزية على غيره إذ ينتفع بالمقبوض بلا واسطة بخلاف غير المقبوض فيتحقق شبهة
الربو وهي مانعة كالحقيقة كما في الحال والمؤجل • ولنا أنه باع عينا بعين فلا يشترط
فيه التقابض كما لو باع ثوبا بثوب أو بثوبين وافترقا لا عن قبض • وهذا لأن
المطلوب من العقد التمكن من التصرف وذا يترتب على التعيين غير أن التعيين في النقود
لا يتحقق إلا في التقابض فاشتراطه إلا في الصرف للتعيين لا لنفسه وغير النقود يتعين
بالتعيين فلا حاجة إلى التقابض • والمراد بقوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين إذ اليد
آلة التعيين كما هي آلة القبض فلم يكن حمله على القبض أولى بل حمله على هذا أحق لما روي
عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عينا بعين • وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية
عرفا فإن التجار لا يفصلون بين المقبوض وبين غيره بعد أن يكون حالا فلم يتمكن فضل في
أحدهما فيجوز بخلاف الحال والمؤجل • وصح بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
والجوزة بالجوزتين باعتبارهما آحادا • قال الشافعي رحمه الله لوجود الطعم لما أن حكم النص وجوب
التساوي بين البدلين فلا يشرع إلا في محل قابله • وهذا المحل لا يقبله فلم يشترط التساوي
فيه وبقي الأصل وهو الإباحة • وصح بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي
يوسف رحمهما الله • وعند محمد رحمه الله لا يجوز كما لو باع الدرهم بالدرهمين
لأن الفلوس الرائجة ثمن فلا تتعين بالتعيين في العقود كالنقدين • ألا ترى أنها لو قوبلت
بخلاف جنسها لا تتعين حتى لو اشترى بفلوس معينة شيئا فهلكت قبل التسليم لا يبطل
العقد ولو استبدل بها صح • فكذا إذا قوبلت بجنسها لاستواء الجنس وغير الجنس فيما
يتعين بالتعيين وفيما لا يتعين به كالمكيل والموزون والذهب والفضة • وإذا لم يتعين
بطل البيع كما لو لم يتعين • ولهما أنه باع عينا عدديا بعينين عدديين فيصح كالجوزة
بالجوزتين • وهذا لأن الفلوس عددية والعددي يتعين بالتعيين ويصح بيع

الواحد منهم بالاثنين كالجوز والبيض وعدم تعينها لكونها ثمنا وقد زالت صفة
الثمنية عنها لانها تثبت بعارض اصطلاح الناس لا بالخلقة وقصد العاقدين تصحيح العقد
ولا وجه لتصحيحه الا بتعيين الفلوس وتخرجها عن الثمنية اذ العقد لا يصح على غير العين
ولا يتعين الا ان يصير سلعة ولا يصير سلعة الا بالكساد ولا كساد الا برفع الاصطلاح
على الرواج فصار هذا منهما اعراضا عن ذلك الاصطلاح ضرورة. فان قيل الثمنية
تثبت باصطلاح الكل فكيف تبطل باصطلاحهما وفيه نسخ الاجماع بالآحاد
قلنا الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فيبطل في حقهما باصطلاحهما
تصحيحا للتصرف فيهما. فان قيل لما خرج في حقهما من ان يكون ثمنا فيعود وزنيا
فيكون هذا بيع قطعة صفر بقطعتين صفر وهو فاسد ولم يكن في ابطال
وصف الثمنية تصحيح العقد. قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية والعدد
وهما اعرضا عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعرضا عن اعتبار صفة العدد فيها وليس
من ضرورة خروجهما من ان يكون ثمنا في حقهما خروجها من ان تكون عددية
فبقيت عددية كالجوز فانه عددي وليس بثمن فهي باتفاقهما تصير بهذه الصفة
بخلاف النقود لانها خلقت ثمنا فلا ينتفع ذلك باصطلاحهما كما لا ينتفع
باصطلاح الكل. وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالي بالكالي. وبخلاف ما اذا كان احدهما
بغير عينهما بان باع فلسين معينين بفلس غير معين او باع فلسا بعينه بفلسين
غير معينين لان الجنس بانفراده يحرم النساء. وصح بيع اللحم بالحيوان عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله. وقال محمد والشافعي اذا باعه باللحم من جنسه
بان باع شاة بلحم شاة لم يصح الا ان يكون اللحم المفرز اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون
اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بازاء السقط لانه لو لم يكن كذلك لتحقق الربا
من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كبيع دهن السمسم بالسمسم
فانه لا يصح الا بطريق الاعتبار بل اولى لان اللحم في الشاة ابين من الدهن في السمسم
لانه قائم بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقائم وانما يحدث
بالعصر. فلما ثبت الربا بين الدهن والسمسم لان يثبت هنا اولى. ولهما انه باع موزونا
بغير موزون فصح كيف ما كان كما لو باع الثوب بالقطن وهذا لان الحيوان
ليس بموزون بل هو عددي متفاوت اذ الموزون ما يعرف قدره بالوزن وذا لا يمكن
في الحيوان لانه يخفف نفسه مرة لصلابته ويثقل اخرى لاسترخاء مفاصله. فالميت
لاسترخائه اثقل والنساء لاسترخائهن اثقل من الرجال لصلابتهم. بخلاف تلك
المسئلة لان الوزن في الحال يعلم قدر الدهن اذا ميز بينه وبين العصر. والنهي عن بيع اللحم
بالحيوان فيما اذا كان احدهما نسيئة كما ذكر مقيدا به في رواية بقوله. وصح بيع

الرطب

الرطب بالتمر متماثلا كيلا بكيل عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف ومحمد
والشافعي رحمهم الله لهم فيه حديث سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه انه عليه السلام
سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال اينقص اذا جف فقيل نعم فقال فلا اذا. فافسد البيع
فاشار الى العلة وهو النقصان عند الجفاف وبه تبين ان شرط جواز العقد المماثلة
في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف وذا لا يعرف بالمساواة كيلا في الحال لان
قفيز الرطب ربما يصير نصف قفيز عند الجفاف. وله قوله عليه السلام التمر بالتمر
مثل بمثل والرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي له رطب اوكل تمر خيبر هكذا.
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر قبل ان يزهي قيل وما يزهي يا رسول الله
قال ان يحمر او يصفر فسماه تمرا وهو بسر. ولان التمر اسم جنس لثمرة خارجة
من النخل من حين تنعقد صورة الى ان تدرك وما بين ذلك احوال وصفات تتعاقب
مع اتحاد الذات كالآدمي يكون صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا. واذا ثبت ان الكل
تمر فيراعى وجود المماثلة عند العقد وقد وجدت فيجوز. ولان الرطب ان كان تمرا
فيجوز البيع لقوله عليه السلام التمر بالتمر مثل بمثل وان لم يكن تمرا فيجوز لقوله عليه السلام
نكته
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فكان جوازه لازم
امر عدمه ملزوم فيتحقق لزومه. وهو حسن في المناظرة لدفع الخصم كما قال
ابو حنيفة رحمه الله حين دخل بغداد ولكن لا نعرف حكم الحادثة لجواز قسم ثالث
كالحنطة المقلية بغير المقلية فانه لا يجوز بيعها ولا يقال لو كان حنطة لجاز
لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم يكن فيجوز لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم. ومدار ما رووا على زيد ابن عياش وهو ضعيف
عند النقلة واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك كيف
يقال ابو حنيفة لا يعرف الحديث وهو يقول زيد ابن عياش ممن لا يقبل حديثه.
على انه ورد مخالفا للحديث المشهور فيرد. ولان الصحيح انه سئل عن بيع الرطب
بالتمر نسيئا كذا روى ابو داود رحمه الله في سننه وهو يقول. وصح بيع الرطب بالرطب
متماثلا كيلا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام التمر بالتمر كيلا بكيل
والرطب تمر لما مر. وبيع العنب بالزبيب كبيع الرطب بالتمر على الخلاف. وقيل لا يجوز
اتفاقا كالحنطة المقلية بغير المقلية والعنب بالعنب جائز علم التفاوت بعد الجفاف
او لا. والبر الرطب او المبلول بمثله او باليابس. ومنقع الزبيب بمثله او باليابس يصح
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانهما يعتبران التساوي في الحال اذ التسا وي
شرط صحة العقد فيشترط عند العقد لا بعده فتصح هذه البيوع. الا ان ابا يوسف
رحمه الله ترك الاصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضي الله عنه فبقي الباقي على القياس
وعند محمد رحمه الله لا يصح في جميع ذلك لانه يعتبر المماثلة في اعدل الاحوال

وهو المال واليه الاشارة في حديث سعد رضي الله عنه وذا لا يوجد في هذه الصور
وفرق محمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب
فقال التفاوت ثم يظهر بعد خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك
تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر فيصح العقد وفي هذه الفصول التفاوت يظهر
بعد الجفاف مع بقاء البدلين على اسم عقد عليه وفي بيع الرطب بالتمر مع بقاء احدهما
على حاله فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه فيفسد العقد ولو باع البسر بالتمر
متفاضلا لم يجز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يصح بيعه بما شاء من التمر فيعتبران
من الكفرى بعشرين من التمر لان الكفرى ليس بتمر اذ التمر اسم لما يخرج من النخل من حين
تنعقد صورته الى ان يدرك ولا تنعقد صورة التمر في الكفرى فلا يكون تمرا ولو باع
التمر بالكفرى نسيئة لا يصح لانه مجهول لانه عددي متفاوت كتفاوت آحاده في المالية
باعتبار الصغر والكبر وصح بيع اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا والمراد لحم
البقر والغنم والابل فاما البقر والجواميس فجنس واحد وكذا الضان والمعز
والعراب والبخاتي وصح بيع البان البقر والغنم متفاضلا ويعتبر في اللبن الاصول
كما في اللحم واللحوم والالبان في قول الشافعي رحمه الله جنس واحد لاتحاد الاسم والصورة
والمقصود ولنا ان اصولها اجناس حتى لا يضم البعض الى البعض في الزكوة فكذا الاسباب
مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر مع دقيق الشعير والمقصود مختلف ايضا فبعض
الناس يرغب في بعض اللحوم والالبان دون البعض وقد ينفعه البعض ويضره
البعض وكذا الخل اذا لم يتبدل بالصنعة وكذا خل الدقل بخل العنب
جنسان لاصليهما ولهذا كان عصيراهما جنسين فيصح بيع احدهما بالاخر متفاضلا
وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف الصورة والمقصود وشحم البطن والالية
واللحم اجناس لاختلاف الاسامي والصور والمقاصد وصح بيع الخبز بالبر والدقيق متفاضلا
لان الخبز عددي او وزني والبر كيلي فلم يجمعهما القدر من كل وجه وكذا
لا تجانس بين الدقيق والخبز فلم يتحقق علة الربوا وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كان البر نسيئة صح ايضا
وان كان الخبز نسيئة صح عند ابي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا صح السلم
في الخبز في الصحيح وذكر ابن رستم في نوادره ان على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى
لا يصح السلم في الخبز وعلى قول ابي يوسف رحمه الله يصح اذا شرط وزنا معلوما وضربا
معلوما ولا يصح بيع البر بالدقيق والسويق متساويا او متفاضلا لشبهة المجانسة لان
احدهما بر والاخر اجزاء البر واحدهما دقيق وفي الاخر اجزاء الدقيق وشبهة المجانسة تكفي
كما في دهن السمسم بالسمسم والمعيار فيهما الكيل وهو غير مستو بينهما وبين البر
لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات البر فلا يصح وان كان كيلا بكيل وصح بيع الدقيق بالدقيق

متساويا

متساويا كيلا عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لوجود الشرط وهو المساواة وتوهم التفاوت
هدر كما في البر بالبر ولا يصح بيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة رحمه الله متساويا
او متفاضلا لبقاء المجانسة من وجه والسويق اجزاء الحنطة مقلية والدقيق اجزاء حنطة
غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق
ولهذا لا يجوز بيع المقلية بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق فكذا بيع اجزائهما بل هذا
احق لتوفر المجانسة هنا وعندهما يصح متساويا ومتفاضلا لانهما جنسان مختلفان
لاختلاف الاسم والمقصود اذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة ونحوهما ولا يحصل
شيء من ذلك بالسويق وانما يلت بالسمن والعسل فيؤكل قلنا التغذي معظم المقصود
وهو يشملهما فلا يبالي بفوات بعض المقاصد كالحنطة المقلية مع غير المقلية او كالعلكة
مع المسوسة فانها لا تصلح للزراعة والهريسة وذا لا يوجب اختلاف الجنس وكذا
الدقيق مع السويق لما ان بيع المقلية مع غير المقلية لا يصح في الاصح لعدم التسوية بينهما
ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم ليكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير اعلم ان بيع
احدهما بالاخر على اربعة اوجه ان علم ان الزيت الذي في الزيتون اكثر من الزيت المنفصل
لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير وكذا ان علم انه
مثله لان الثجير يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان الزيت المنفصل اكثر جاز والفضل
بالثجير وهذه الثلاثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او اكثر منه او اقل منه صح عند
زفر رحمه الله لان الجواز هو الاصل والفساد لوجود الفضل الخالي عن العوض ولم يعلم
لا يفسد البيع وعندنا لا يصح لان الفضل الذي هو متوهم الوجود كالمتحقق في باب الربوا
احتياطا لنهيه عليه السلام عن الربوا والريبة وهي شبهة الربوا وعلى هذا الاعتبار الجوز بدهنه
واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه والقطن بغزله قيل يجوز لاختلافهما
حقيقة وقيل لا يصح الا بطريق الاعتبار لان في القطن غزلا لكنه دقيق والكرباس
يصح كيف ما كان لاختلافهما بالاجماع من كل وجه ويصح استقراض الخبز وزنا لا عددا
عند ابي يوسف رحمه الله تعالى وعليه الفتوى لانه موزون فيعلم بالوزن لا بالعدد
لتفاوت آحاده ثمنا فلا يتحقق التساوي به وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح وزنا
وعددا لانه وان وزن فهو متفاوت بتفاوت الخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر
والاستقراض انما يصح في المثلي لان من شرطه القدرة على اداء مثل المستقرض وقد فات
شرط صحة الاستقراض فلا يصح الاستقراض وعند محمد رحمه الله يصح بهما للتعامل
والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ولا ربوا بين السيد وعبده لان العبد وما في
يده لسيده فلا يتحقق الربا وهذا اذا كان ماذونا غير مديون وان كان مديونا
لا يصح لان دين العبد يمنع ملك المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان لا يمنع
فلا يعرى عن التعلق فلا يكون ملكا له مطلقا فيتحقق الربو كما يتحقق بينه وبين مكاتبه

ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى
فما اعتبارا بالمستأمن منهم في دارنا. ولنا قوله عليه السلام لا ربو بين المسلم والحربي
في دار الحرب. ولأن مال الحربي مباح في دارهم فكان اخذا مالا مباحا بلا غدر فيصح
وهو بالاستئمان ضمن لهم أن لا يخونهم وتملك المال بهذه الطريق خال عن الخيانة بخلاف
المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بأمانه فيفضي إلى الغدر وهو حرام. ولا بين مسلم
مستأمن في دار الحرب وبين مسلم أسلم ثم عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن مال من أسلم
ثم لا عصمة له فصار كمال الحربي فيجوز أخذ مال الحربي برضاه للمسلم المستأمن.
وقالا انه ربا جرى بين مسلمين وهو حرام. ولو اشترى طعاما عينا على أنه قفيز وكاله
البايع بحضرة المشتري فكان قفيزا فزاد بالماء أو نقص بالجفاف أخذ الكل بكل
الثمن أو ترك لحصوله بعد تعين ملكه بالكيل وخير للعيب قبل القبض. ولو كان قبل
الكيل أخذ قفيزا إن شاء لأنه المشروط وخير للتعيب قبل القبض. ولو اشترى قفيزا
من صبرة وكاله وعزله في ناحية فزاد بالماء لا يأخذ إلا قفيزا لأن المبيع إذا لم يكن
معينا لا يتعين إلا بالتسليم فلا يتعين ملكه بالكيل. ولهذا لو هلك المعزول لا يبطل
البيع فكان وجود الكيل كعدمه. ولو اشترى قفيزين بقفيزين تبايعا بهما فزاد
أحدهما بالماء قبل الكيل لا يأخذ إلا قفيزا إن شاء لحصول الزيادة قبل تعين ملكه
والمستحق تسليم المشروط عند العقد وهو القفيز. وعند محمد رحمه الله يفسد العقد
لأن عنده لا يصح بيع البر المبلول بغير المبلول. فإذا ابتل قبل القبض وله شبه بالعقد
يفسد العقد. بخلاف ما لو اشترى قفيزين بقفيزين تبايعا بهما فكال كل واحد
بحضرة صاحبه فكان قفيزا تاما فلم يتقابضا حتى أصاب أحدهما ماء فإن المشتري
يخير للعيب. وإذا أخذ يأخذ الزيادة لتعين المبيع فحدثت الزيادة على ملكه ولا يفسد
العقد لأن للكيل حكم القبض فالكيل الحاصل بعد الكيل حاصل بعد القبض حكما فاعتباره
يؤدي إلى اعتبار شبهة الشبهة فلا يفسد العقد. فأما البلل الحاصل قبل القبض كالبلل الحاصل
عند العقد فيكون فيه شبهة الربو فيفسد البيع كما هو مذهبه. ولو تبايعا رطبا
برطب وكالا ولم يتقابضا حتى جف أحدهما أو جفا ونقص أحدهما أخذ أو ترك لحصول النقصان
بعد تعين حق كل واحد منهما بالكيل إذ البيع أضيف إلى العين وخير للتعيب. ولو كان
هذا قبل الكيل لا يفسد العقد عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن ابتداء العقد على هذا الوجه
جائز عنده. وعندهما يفسد لوجود العارض قبل القبض من كل وجه فصار كالموجود
عند العقد وبيع الرطب بالتمر لا يصح عندهما بخلاف ما بعد الكيل. لأن الكيل فيما يباع
مكايلة قبض حكما. فلا يكون كالموجود لدى العقد والله أعلم.

باب الحقوق

العلو لا يدخل بشراء بيت وإن قال بكل حق هو له ما لم ينص على العلو. وبشراء منزل لا يدخل
إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه. وبشراء الدار يدخل العلو

والكنيف

والكنيف وإن لم يذكر بكل حق هو لها. ولا تدخل الظلة تحت بيع الدار إلا أن يقول بكل حق
هو لها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو له فيها أو منها. فالبيت اسم لمسقف واحد له دهليز
والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ. والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل ل
وصحن غير مسقف فكانت الدار أعم من أختيها لاشتمالها عليهما فاستتبعت العلو بذكر
الحقوق وعدمه لأنها اسم لما أدير عليه الحائط والعلو مما أدير عليه الحائط فيدخل. والبيت
اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت. والشيء لا يستتبع مثله وليس من أجزائه وتوابعه
لم يدخل باسم التوابع. والمنزل دون الدار وفوق البيت فله منزلة بين المنزلتين فيتوفر على الشبهين
فيدخل فيه العلو تبعا بذكر التوابع عملا لشبهه بالدار ولا يدخل بدونه عملا لشبهه
بالبيت. قالوا هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة. وفي عرفنا يدخل الكل العلو في ع
سواء باع باسم الدار أو المنزل أو البيت لأن كل مسكن يسمى خانة سواء كان صغيرا
أو كبيرا إلا دار السلطان فإنها تسمى سراى. ويدخل الكنيف في اسم الدار لأنه تابع للدار
ولأنها اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف مما أدير عليه الحائط فيكون من الدار فيدخل
تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق. فأما الظلة التي تكون على ظهر الطريق وهي التي أحد
طرفي جذوعها على حائط الدار المبيعة وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل أو على أ
ساطين المنصوبة تجاه الدار يقال لها الساباط فلا يدخل عند أبي حنيفة رحمه الله
إلا بذكر الحقوق. وعندهما يدخل بلا ذكر الحقوق وإن كان مفتحها في الدار لأنها
من توابع الدار إذ قرارها بها فصارت كالكنيف والعلو. وله أن الظلة تابعة
للدار من حيث أن قرار طرف منها والآخر على شيء آخر ولو كان قرار طرفيها بها
لدخلت تحت بيعها تبعا لها بلا ذكر كالكنيف. ولو كان قرار طرفيها بشيء آخر لم يدخل
تحت بيعها ولم يكن تبعا لها أصلا. فإذا كان قرار أحد طرفيها بالدار المبيعة وقرار
طرفها الآخر بشيء آخر لم يدخل إذا لم يذكر الحقوق وتدخل إذا ذكرت عملا
بالشبهين. ولأنها خارجة عن الحدود ومبنية على هوى الطريق فصارت كالطريق
الخارج. ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لا تدخل الطريق ومسيل الماء إلا
أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير. وكذا إذا اشترى أرضا
لا يدخل الشرب بغير ذكر لأن هذه الأشياء وإن كانت تابعة للمبيع من حيث
أنه لا يقصد عنها وإنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع إلا أنها أصلا بنفسها من حيث أنه
لا يتصور قيامها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل
إلا بذكر الحقوق والمرافق. وهذا بخلاف الإجارة فإن هذه الأشياء تدخل فيها بلا
ذكر الحقوق لأنها شرعت للانتفاع فلا يتحقق الانتفاع إلا بهذه الأشياء إذ المستأجر
لا يشتريها عادة ولا أحد لمستاجر. ولو استأجر الطريق التي لرب الدار لم يجز فيجب
إدخالها تحت الدار المستأجرة تحريا لجوازها. ولا كذلك البيع لأنه لم يشرع للانتفاع

فالانسان كما يشتري الشي لينتفع به فقد يشتريه ليبيعه فلا يكون المقصود منه الانتفاع به لا محالة. ولهذا جاز بيع ما لا ينتفع به كالمهر ونحوه. بخلاف الاجارة لانه يمكن الانتفاع بان يشتري المشتري الطريق فلا ضرورة الى ادخال الطريق في العقد فلا تدخل. ولو استاجر علوا واستثنى الطريق فسدت بخلاف البيع فانه لو اشترى علو المنزل واستثنى الطريق صح. لان موجب البيع ملك الرقبة والانتفاع من ثمراته. والاجارة شرعت لتمليك المنفعة فيقتضي تحققها ولا انتفاع بلا طريق. ولو استحق بناء العلو ثم اجيز المبيع صح. لان القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية وكل الثمن للمستحق ولا شي لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه يقابل المبيع والمبيع هو البنا لا الساحة. لان حقه في الهوى وهو ليس بمال متعين. وللشرب والممر قسط من الثمن حتى لو باع دارا مع ممره واستحقت الدار دون الممر يقسم الثمن على الدار والممر. وقد مر تقريره

باب الاستحقاق وبيع الفضولي

البينة حجة متعدية حتى تظهر في كافة الناس والاقرار لا حتى يقتصر على المقر لان البينة تصير حجة بالقضا وللقاضي ولاية عامة فتتعدى الى الكل. اما الاقرار فحجة لا تتوقف على القضا ولا ولاية للمقر الا على نفسه دون غيره فيقتصر عليه. والتناقض يمنع دعوى الملك دون الحرية والطلاق والنسب. والقضا بملك مطلق على ذي اليد قضاء عليه وعلى من يدعي الملك من جهته دون غيره والقضا بالحرية وفروعها قضاء على الناس كلهم لان الحرية حق الله تعالى حتى لا يجوز استرقاق الحر برضاه. والناس كلهم خصوم في اثبات حقوق الله تعالى نيابة عنه تعالى وتقدس لكونهم عبيده. فكان حضور الواحد كحضور الكل والقضا على الواحد قضاء على الكل. كالورثة لما قاموا مقام المورث في اثبات حقوقه وفي الدفع عنه قام البعض مقام الكل. بخلاف الملك لانه حق العبد على الخلوص فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب لعدم ما يوجب انتصابه خصما فالقضا عليه لا يكون قضاء على غيره. الا ان يدعي الملك من جهته فيصير مقضيا عليه ايضا لتعدي اثر القضا اليه لاتحاد الملك. ومن قضي عليه في حادثة لم يصر مقضيا له في تلك الحادثة ابدا. مبيعة ولدت عند المشتري لا باستيلاده فاستحقت ببينة يتبعها ولدها. اي يأخذها وولدها وان اقر بها لرجل لا يتبعها ولدها اي يأخذ المقر له والام لا تأخذ ولدها. والفرق ان البينة حجة مطلقة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل. ولهذا يرجع المشتري على البايع بالثمن عند الاستحقاق بالبينة والولد كان متصلا بها يومئذ فيثبت بها الاستحقاق فيهما والاقرار حجة قاصرة يثبت بها الملك في المخبر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد انفصال الولد فلا يظهر الاستحقاق في الولد فلا يكون له الولد. ولهذا لا يرجع المشتري

على البايع بالثمن عند الاستحقاق بالاقرار. ثم فصل البينة يكتفي بالقضا بالام عند البعض لانه تابع لها فيدخل في الحكم تبعا. وقيل يشترط القضا بالولد. واليه اشار محمد رحمه الله تعالى فقال اذا قضي بالاصل للمستحق ولم يعلم بالزوايد لم تدخل الزوايد تحت القضا. وكذا اذا كانت الزوايد في يد اخر وهو غايب لم تدخل الزوايد تحت القضا لانفصال الزوايد عن الاصل يوم القضا فلم يكن بد من القضاء بها. عبد لرجل قال لمشتريه اشترني فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر. وان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة يدرى مكانه فلا شي على العبد بالثمن ويرجع العبد على البايع به اذا قدر عليه. بخلاف الرهن فانه اذا قال العبد ارتهني فاني عبد فاذا هو حر لا يرجع المرتهن على العبد بدينه بحال. وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع في المسئلة الاولى ايضا بالثمن على العبد كما في مسئلة الرهن. لان ضمان الثمن وجوبه بالمبايعة او بالكفالة ولم يوجد واحد منهما. واما الموجود منه الخبار بكونه عبدا. وهذا لا يوجب ضمان الثمن كما لو وجد ذلك من الاجنبي فانه لا يضمن الاجنبي. ولو كان سببا للضمان لما افترق الحال بين حضرة المولى وغيبته غيبة منقطعة. ولهما ان العبد ضمن للمشتري سلامة نفسه او بسلامة الثمن متى تعذر استيفاؤه من البايع اذ المشتري انما رغب في شرايه معتمدا على امر العبد اياه بالشراء وعلى الخبار بانه عبد فيجعل العبد ضامنا سلامة بدله عند عدم سلامة نفسه للمغرور وقد تعذر الاستيفاء من البايع اذا غاب غيبة منقطعة فيرجع المشتري بالثمن على العبد بحكم الضمان. كالمولى اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي هذا فاني اذنت له في التجارة فبايعوه ولحقته ديون ثم استحق العبد فان ارباب الديون يرجعون على المولى بقيمته دفعا للغرر. وجعل كان المولى ضمن لهم سلامة حقوقهم من نفسه عند تعذر الاستيفاء من مالية العبد والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة على ما هو موجبه نفيا للغرور. ولا كذلك الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع لملك الحبس من غير معاوضة فلا يمكن ان يجعل الامر ضمانا للسلامة. ولهذا يصح الامر براس مال السلم او المسلم فيه. واذا هلك وقع الاستيفا ولو كان معاوضة لكان استبدالا براس مال السلم والمسلم فيه وهو حرام وكذا هذا في بدل الصرف فلم يكن هذا اغرورا في عقد معاوضة فلا ينتهض سببا. ولهذا اذا سال رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق فانه امن فسلكه فسلب اللصوص امواله لم يضمن المخبر شيئا لانه غروره فيما ليس بمعاوضة بخلاف الاجنبي فانه لا يبالي باخباره فلا يتحقق الغرور. فان قيل قوله فاذا هو حر مشكل على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان ثبوت الحرية يكون بالقضاء.

والقضاء بالشهادة. ودعوى العبد شرط للشهادة القائمة على الحرية عنده. ولا يسمع دعواه لأن التناقض يفسد الدعوى فكيف يثبت الحرية. قلنا قد أجاب عنه بعض مشايخنا رحمهم الله بأن الوضع في حرية الأصل والدعوى فيها ليست بشرط عنده لأنها لا تخلو عن حرمة فرج الأم إذ الشهود يفتقرون في شهادتهم إلى تعيين الأم. حتى إذا خلت عنها كانت الدعوى شرطا. والتناقض إنما يمنع من حيث أنه تعدم الدعوى فإذا لم تكن دعوى العبد في حرية الأصل شرطا عنده فلا عبرة بالتناقض. والصحيح أن دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله شرط في حرية الأصل وفي العتق العارض لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وصحة الشهادة لا في حرية الأصل ولا في العتق العارض أما في حرية الأصل فللخفاء حال العلوق فإن الولد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم بحرية أبيه وأمه فيعتق بالرق ثم يعلم بحرية أبيه وأمه فيدعي الحرية والتناقض فيما طريقه الخفاء لا يمنع صحة الدعوى. وأما في العتق العارض فلأن المولى ينفرد بالإعتاق بلا علم العبد فيجري الخفاء أيضا فيجعل التناقض فيه عفوا. كما إذا اختلعت امرأة ثم أقامت بينة على أنه طلقها ثلاثا قبل الخلع فإنها تسمع وإن تناقضت للخفاء في تطليقه لاستبداده به. كما لو أقام المكاتب بينة على إعتاق سيده قبل الكتابة فإنها تقبل لاستبداد سيده بالتحرير. ومن ادعى حقا في دار أي حقا مجهولا فأنكر المدعى عليه ذلك فصولح منه على مائة درهم فاستحق بعضها لم يرجع على المدعي بشيء لصحة التوفيق. فللمدعي أن يقول عنيت بدعواي هذا الباقي فلا يثبت حق الرجوع بالشك. ولو ادعى كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحصته ما استحق من المائة إذ التوفيق غير ممكن لأن الصلح وقع على كل الدار فلا بد من نقض الصلح بقدر ما استحق فيرجع على المدعي بقدره عند فوات سلامة المبدل وهذه المسائل الثلاث تدل على أن الصلح عن المجهول على معلوم صحيح. لأن الجهالة في الساقط لا تفضي إلى النزاع. وعلى أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح. لأن دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعى ولو أقام البينة عليه لا تقبل بينته إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة. اشترى أمة وقبضها فادعى أنها حرة الأصل أو ملك فلان أو معتقته أو مدبرته أو أم ولده وصدقه فلان أو حلف المشتري فنكل لا يرجع بالثمن على البائع لأن الإقرار حجة في حقه دون غيره والنكول من المختار بمنزلة الإقرار وهو مختار في النكول لامتناعه عن الحلف مع وجود المطلق له وهو الملك الظاهر. بناء على سببه وهو الشراء فكان كالإقرار بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد المبيع عليه بعيب بنكوله حيث الموكل. لأن النكول من المضطر بمنزلة البينة وهو مضطر في النكول إذ لا يعلم بعيبه أو سلامته عن العيب فكان نكوله كالبينة. وإن برهن المشتري على أنه ملك المستحق لا تقبل لتناقضه في الدعوى. لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع

فاذا ادعى

فإذا ادعى لغيره كان تناقضا والتناقض يمنع دعوى الملك. وعلى إقرار البائع أنها ملك المستحق تقبل لأنه غير متناقض. ولو برهن المشتري على أنها حرة الأصل وهو يدعي أو برهن على أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائه تقبل ويرجع بالثمن على البائع. لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى وتبين أن ما قبضه البائع ثمن الحر أو المدبر أو أم الولد فيجب عليه رده. ولو باع عقارا ثم برهن أنه باع ما هو وقف لا يقبل. لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك بخلاف الإعتاق. حتى لو برهن أنه وقف محكوم بلزومه تقبل. اشترى أمة وقبضها فباعها من آخر وقبضها المشتري الثاني ثم باع من آخر وسلم واستحقت بقضاء فهو قضاء على الكل. ورجع كل لو رجع عليه بالثمن لا قبل الرجوع عليه كيلا يجتمع ثمنان في ملك واحد لأن بدل المستحق مملوك ولا تقبل البينة. فلو ادعى أحدهم أنها ملكه لا تسمع لأن الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الآخر. ولو ادعت أنها حرة الأصل أو معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده وبرهنت تقبل ويرجع كل قبل الرجوع عليه. لأن بدل الحرية ليس بمملوك فلا يجتمع ثمنان في ملك واحد. ولو برهن رجل أنها أمته أعتقها بعد شراء المشتري الآخر لا يرجع بعضهم على بعض لأنه ليس من ضرورة ثبوت العتق بعد الشراء بطلان الأشرية قبله بخلاف ما إذا أثبت المدعي العتق قبل الأشرية لأن ثبوت العتق قبل الأشرية أوجب بطلان الأشرية. وكذا إذا ادعى الإعتاق مطلقا لأنهما إذا لم يؤرخا جعلا معا وكان القضاء بالملك المؤكد بالعتق أحق فتبطل الأشرية ضرورة ويتراجعون بالثمن. أمة في يد زيد فقال بكر لعمرو كانت الأمة التي في يد زيد لي بعتها منك وسلمتها إليك ولم تنقد الثمن ولكن غصبها منك زيد فسلم الثمن إلي فصدقه عمرو أمر بنقد الثمن لتصادقهما على البيع والتسليم. ولو استحقت من زيد ببينة الملك المطلق أو النتاج وقضي له بها لا يرجع عمرو على بكر بالثمن لأنه ما ثبت تلقي زيد الملك من جهة عمرو. فلم يصر عمرو مقضيا عليه بالقضاء على زيد فلا يرجع. ولو برهن عمرو على المستحق بأنها أمته تقبل ثم لو برهن المستحق أنها ملكه قبل القضاء لعمرو ويقضى لعمرو لأنه خارج والمستحق ذو اليد وبينة الخارج أولى. إلا إذا برهن المستحق على النتاج فحينئذ يقضى له. سواء برهن الخارج على النتاج أو على الملك المطلق لأن بينة النتاج أقوى من بينة الملك المطلق. لأنها تثبت أولية الملك. وإن قامتا على النتاج فترجح بينة ذي اليد باليد. فلو قال زيد اشتريتها من عمرو وصدقه عمرو وذلك قبل الاستحقاق فاستحقت من يد زيد فصار مقضيا عليه بالقضاء على زيد فيرجع زيد على عمرو ثم يرجع عمرو على بكر لثبوت تلقي زيد الملك من عمرو بتصادقهما في حال يملكان إنشاء البيع فانتفت التهمة عن تصادقهما فصار كالبينة. ولو تصادقا بعد الاستحقاق يعتبر تصادقهما فيرجع زيد على عمرو. ولا يرجع بكر على عمرو. إذ لا يعتبر تصادقهما في حق بكر. وكذا لو ادعى زيد الشراء من عمرو قبل الاستحقاق وصدقه عمرو وبعد الاستحقاق

وصدقه عمرو وبعد الاستحقاق فهو كما لو تصادقا بعد الاستحقاق فلا يرجع عمرو
على بكر. والهبة والصدقة مع القبض فهو كما ذكرنا. ولو برهن عمرو على بكر
أن عمرا باعها أو وهبها من زيد ليرجع على بكر أو برهن عمرو على أنهما تصادقا قبل
الاستحقاق يقبل ويرجع بالثمن على بكر لأن عمرا صار خصما عن زيد في إثبات البيع
لأنه سبب حقه وهو مدع وبكر خصم في إنكاره فيقبل. فإن لم يستحق الأمة
أحد ولكن برهنت على زيد بالحرية الأصلية أو التحرير أو الاستيلاد أو الكتابة وأداء
البدل رجع عمرو على بكر لأن القضاء بالحرية وفروعها قضاء على الناس كافة
والكتابة عند الأداء تصير إعتاقا. ولو برهن عمرو على أنها أمته لا يقبل لأنه صار
مقضيا عليه. وقبل أداء البدل تقبل بينة عمرو على الملك ولا يرجع عمرو على بكر لأن
الكتابة تقبل الفسخ. ولو برهنت أن زيدا أملكها وحررها أو دبرها أو استولدها
منذ حول وتاريخ شراء عمرو مثله أو أقل رجع عمرو على بكر. وإن كان تاريخ شرائه
أكثر من حول لا يرجع لأنه ليس من ضرورة ثبوت الملك المؤكد بالعتق لزيد
منذ حول بطلان شراء عمرو قبله بل من ضرورة شراء عمرو قبله بطلان عتق زيد بعده
حتى لو برهن عمرو على الشراء من بكر سنة أكثر من الحول سلمت له وظهر بطلان
عتق زيد وملكه. باع أمة ولم يقبضها المشتري فجاء رجل فادعاها لا تسمع دعواه حتى
يحضر المشتري والبائع لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمدعي يدعيهما فكان قضاء
عليهما فشرط حضورهما. فإن برهن بحضرتهما وقضي له بها فبرهن البائع أو المشتري
أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل تسليم المبيع لأنه يقرر القضاء
الأول فلا ينقضه. فلو لم يبرهنا وطلب المشتري من القاضي فسخ البيع لعجزه عن التسليم
ولو فسخ القاضي ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه وأخذها تقبل له وليس له أن يلزمها
على المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا بسبب صحيح وهو العجز عن التسليم فلا يعود
البيع المنتقض بحدوث القدرة على التسليم. ولو كان المشتري قبض الأمة من البائع
ثم ادعاها رجل شرط حضور المشتري فقط لأن الملك واليد له. ولو قضي للمستحق
فبرهن البائع على بيع المدعي منه بعد الفسخ تبقى الأمة له عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وليس له أن يلزمها على المشتري لنفوذ الفسخ ظاهرا وباطنا عنده كما لو تفاسخا
وطلب المشتري منه الثمن فسلمه أو ضمن له الثمن إذا هلك عنده واسترد البائع الأمة
من المستحق ببينة فإنها تبقى له. وليس له أن يلزمها على المشتري لنفوذ الفسخ ظاهرا وباطنا
بتراضيهما. ولو باعها بعد القبض وسلم فاستحقت فبرهن المشتري الثاني على البيع
من بائع باعه تقبل لأنه خصم. ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيع هذه
الأمة وهلك الثمن في يده قبل. وإن استهلكه أو رده لا. فهذه ثلاثة أوجه لأنه إما أن دفع
إلى المشتري حين رجع عليه عين ما قبض منه أو استهلك ما قبض وضمن مثله أو هلك المقبوض

في يده

في يده بلا صنعه وضمن مثله. ففي الوجه الثالث تقبل بينته لأنه يثبت لنفسه حقا إذ يثبت
أن الثمن هلك أمانة في يده لكونه وكيلا بالبيع وما أخذ المشتري من الضمان أخذه
بغير حق فله أن يسترده إن دفع إليه فيقبل لهذه الفائدة. وفي الوجه الأول والثاني
لا تقبل بينته إذ لا فائدة له فيه لأنه لا يثبت لنفسه حقا بل يثبت الملك في الأمة للمشتري
والملك في الثمن للمستحق وقد انفسخ البيع فيما بين المستحق والمشتري بجحود المستحق الأمر
ورجع المشتري بالثمن على بائعه. باع الراهن الرهن وسلمه إلى المشتري بلا علم المرتهن
فاسترد المرتهن ببينة أقامها أنه رهن عنده وطلب المشتري من القاضي الفسخ ففسخ
لعجزه عن تسليمه ثم قضى الراهن الدين وأخذ الرهن من المرتهن لم يعد البيع لأن
القضاء بالفسخ بناء على سبب صحيح ينفذ ظاهرا وباطنا. وكذا لو فسخ ثم برهن
على قضاء القاضي قبل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا
وكذا لو فسخ فبرهن على قضاء الدين قبل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله لنفوذ القضاء
بالفسخ ظاهرا وباطنا عنده خلافا لهما. الشراء والاستيام والاستيهاب ونحوها
من أسباب الملك إقرار بعدم ملكه فيه ولا تسمع الدعوى منه بعده إلا بتاريخ
متأخر لكونه متناقضا. ومتى أقر في ضمن شيء بطل ببطلان المتضمن. اشترى ثوبا
أو ساومه أو استوهبه ثم ادعى أنه ملكه قبل الشراء وقبل المساومة وقبل الاستيهاب
أو ادعى أنه كان ملك أبيه يوم المساومة فمات وتركه ميراثا له أو وهبه له لا تسمع
دعواه للتناقض إلا إذا صرح بملك أبيه عند المساومة بأن أثبت أنه قال عند المساومة
إن هذا الثوب لأبي وكلك ببيعه فبعه مني فلم يتفق فيما بينهما بيع ثم ادعى على الإرث
من أبيه تقبل لعدم التناقض. وكذا لو قال عند الدعوى كان لأبيه وكله
ببيعه فاشتريته ثم مات وترك ثمنه ميراثا لي تسمع ويقضى له بالثمن لأنه ليس بتناقض
وتسمع دعوى الإرث من أخيه ويقضى له بحصته. حتى لو اشتراه ثم ادعى مع أخيه
أنه كان لأبيهما مات وتركه ميراثا لهما لا تسمع دعوى المشتري في نصيبه
للتناقض. وتسمع دعوى صاحبه في نصيبه لعدم التناقض. ولو اشتراه أو ساومه
فاستحقه أبوه وقد قبضه أو لم يقبضه ورجع المشتري بالثمن على بائعه ثم مات الأب
فورثه لم يعد البيع لانتقاض البيع بينهما برجوعه بالثمن. وسلم له الثوب بحكم الإرث
ولا يؤمر بدفعه إلى البائع وإن صار مقرا بالإقدام على الشراء وعلى أنه ملك البائع.
ومن أقر بعين لإنسان ثم ملكه يؤمر بدفعه إلى المقر له لأن الإقرار لم يوجد
صريحا وإنما ثبت في ضمن الشراء فبطل ببطلان الشراء. إلا إذا أقر صريحا عند الشراء
وعند المساومة أنه ملك البائع ثم وصل إليه الثوب من أبيه بالإرث فيؤمر بتسليمه
إلى البائع. شهدا أن ذا اليد باعه من فلان وفلان يدعيه وقضي له أو لم يقض ثم ادعاه
أحدهما ملكا أو إرثا لا تسمع للتناقض لأنه بالدعوى يزعم أن شهادته كانت باطلة.

وان قال عند الشهادة هو لي او لابني وقد باعه هذا الذي في يده تسمع وبطل البيع ان برهن
عليه لعدم التناقض. ومثله الشهادة بمهر امة او جنسه او صداقته مع القبض. ولو كان
باعه ذو اليد من فلان ولم يتلفظ بلفظ الشهادة فادعى لنفسه تسمع. لانه مجرد اخبار
عن بيع الفضولي فلا يلزم شيئا. وسلم له ان قضى له. شهد بشراء دار او اجارة وادعى انها
كانت له او لابنه وقد وكله ببيعها او باجارتها وبرهن على اقرار البايع او الموجر بالتوكيل
بالبيع او الاجارة تقبل. لان هذه الدعوى لا تزعم انه شهد ببيع باطل او باجارة باطلة
فلم تكن متناقضة. والشرا والاجارة ماض ان ادعى المشتري او المستاجر البيع
او الاجارة والثمن والاجارة له. وان جحد الاجارة او الشرى لا يصح لانه ظهر انه
شهد لنفسه. الوكيل بالخصومة في عبد اذا ادعى العبد فبرهن المدعى عليه انه ساومه
عند القاضي بطلت خصومة الوكيل والموكل لانه يثبت اقرار الوكيل دلالة
في مجلس القضا ان العبد ملك المدعى عليه فبطلت خصومته وخصومة الموكل. لان اقرار
الوكيل بالخصومة في مجلس القضاء ينفذ على الموكل. ولو اثبت بالبينة انه ساومه
فيه في غير مجلس القضا بطلت خصومة الوكيل فقط لما عرف. ولو وصل العبد الى الوكيل
يوما لا يؤمر بدفعه الى المدعى عليه لان الاقرار دلالة تصلح للدفع لا للاستحقاق
وكذا لو برهن المدعى عليه ان الوكيل استوهبه او استعاره او استودعه منه
فالجواب ما مر. ولو وكله بالخصومة واستثنى اقراره ثم ثبتت مساومته
في مجلس القضا صح في حقه فقط. حتى بطلت خصومته دون الموكل. لانه لما استثنى
الاقرار لا ينفذ اقراره على الموكل. وكلهما بالخصومة في عين واستثنى اقرارهما
وادعى رجل انه اشتراها من ذي اليد فشهدا له بطلت خصومتهما. لانهما بالشهادة
اقرا ان العين للمدعى عليه دون خصومة الموكل لان اقرار الوكيل لم ينفذ
للاستثناء. ولو لم يستثن الاقرار والمسألة بحالها بطلت خصومة الموكل
ايضا. المامور اذا استحق المبيع او المغصوب باسمه مذ باع او غصب رجع بثمنه ويبرى
الغاصب لوصوله الى مستحقه والا لا. اشترى ثوبا او غصبه وخاطه قميصا
او برا فطحنه او شاة فذبحها وشواها فاستحق لا يرجع بثمنه ولا يبرا الغاصب
بل للمالك تضمينه لان الاستحقاق ما ورد على المبيع وانما ورد على غيره. والاستحقاق
الوارد على غير المبيع لا يوجب الرجوع على المشتري على البايع بالثمن. ولو لم يخط ولم
يشو رجع بالثمن ويبرى الغاصب لبقاء الاسم. كاستحقاق واحد اجزاءه لا جميع
اي لو اشترى شاة فذبحها فبرهن رجل ان الجلد واللحم والاطراف له وقضي له
رجع على البايع. ولو برهن رجل ان الراس له واخر ان اللحم له واخر ان الجلد له لم يرجع
على البايع بالثمن لان الاستحقاق على هذا الطريق لا يكون الا بعد الذبح اذ قبل الذبح
لا يتصور ان يكون الجلد لرجل واللحم لغيره. فظهر ان الاستحقاق ورد على غير المبيع

بخلاف ما اذا

بخلاف ما اذا كان المدعي واحدا. لانه امكن اثبات الاستحقاق ثم من الاصل
وكذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه فبرهن رجل ان الكمين له واخر ان
الدخريص له. ولو اقر ان البدن له لا يرجع المشتري على البايع بالثمن لما مر. باع ابريقا
بدينارين وقبض الابريق ونقد دينارا وافترقا فسد البيع في نصفه والكل
ملكه نصف بوصف الصحة ونصف بوصف الفساد. وللبايع ان يسترد النصف
فان غاب بايع الابريق واستحق رجل نصف الابريق فهو شايع وهو خصم له
لانه مملوكه. ولو باع نصف عبد ثم نصفه فاستحق نصفه فعلى النصف الثاني
والصحيح كالفاسد اي لا فرق بين ان يكون الاول صحيحا والثاني فاسدا او كانا
صحيحين او فاسدين فانه يقضي بالفاسد بالنصف الثاني له. ولو باع نصفه واودعه
النصف او باع النصف ثم باع نصفه بمبيته اقدم لم يكن المشتري خصما للمستحق
لان المرء لا ينتصب خصما بيد الوديعة وقد انصرف البيع الى النصف الذي هو ملك
البايع. والمقبوض في البيع الباطل امانة فلا ينتصب خصما ايضا. الا ان يودعه غيره
او لو باع رجل نصفه واودع اخر نصفه قضي له بنصف ما اشترى وهو الربع لشيوع
الاستحقاق في النصفين فما كان في النصف الذي هو ملكه انتصب خصما وما كان
وديعة لا. والله اعلم

فصل في بيع الفضولي

ومن باع ملك غيره
اجازة مالكه ان بقي العاقدان والمعقود عليه والمعقود له والمعقود به لو كان عرضا
او فسخ وكل عقد صدر من الفضولي وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة
عندنا. وعند الشافعي رحمه الله تصرفات الفضولي كلها باطلة ولا تتوقف
على الاجازة. لانه اضاف التصرف الى المحل ولا ولاية له عليه فيلغوا. اذ الولاية تكون
بالملك المطلق للتصرفات او باذن المالك الذي له ولاية التصرف ولم يوجد. اذ التصرف
الشرعي كما يتوقف على الاهل والمحل يتوقف على الولاية الشرعية. فاذا فاتت لا ينعقد
ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد
موقوفا. وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجد
اذ لا ضرر في الانعقاد للمالك لانه مخير فيه. فاذا راى المصلحة فيه نفذه والا فسخه
بل له فيه نفع حيث سقط عنه مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن فيه. وفيه نفع العاقدين
من حيث صيانة كل منهما عن الالغا فثبتت القدرة الشرعية احرازا لهذه الوجوه
على ان الاذن ثابت دلالة. لان كل عاقل راض بتحصيل التصرف النافع له اذن له
بذلك. فان قيل اعتبار التصرف شرعا للحكم ولم توجد فيلغوا. قلنا لا نسلم
ان الحكم لم يوجد بل تاخر وقد يتاخر حكم العقد عن العقد كما في البيع بشرط الخيار
على انه يثبت حكم يليق به. فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف كما يثبت
بالسبب البات ملك بات ولا يلزم طلاق الصبي العاقل امراته. فانه لا ينعقد وان

كان

أهل الكلام حتى لو طلق امرأة غيره صح والمحل موجود وهو المنكوحة لأنه صدر من غير
أهله لأن الشرع ألحقه بمن لا عقل له فيما يضره والطلاق من المضار لأنه إبطال ملك
هو مصلحة فالتحق فيه بالمجنون وهو ليس من أهل الكلام حتى لو طلق الصبي العاقل
امرأة غيره توقف عندنا لأنه مما لا يضره ولا يلزم طلاق البالغ امرأة الصبي لأنه
لا مجيز له في حال وقوعه ولا يلزم شراء الفضولي حيث ينفذ عليه لأن البيع ينعقد
ولا يلغو وكذا الشراء ينعقد ولا يلغو وإنما يجوز البيع الموقوف بالإجازة
إذا بقي العاقدان والمعقود عليه ومن وقع العقد له لأن الإجازة تصرف في العقد
فيفتقر إلى قيامه وذا بقيام العاقدين والمعقود عليه وأما اشتراط المعقود له فلما يأتي
بعد هذا وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا للمالك أمانة في يد الفضولي لأن الإجازة
في الانتهاء كالإذن في الابتداء وللفضولي أن يفسخ العقد قبل الإجازة دفعا للحقوق
عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح حيث لا يكون له الفسخ قبل الإجازة لأن الحقوق
ثمة لا ترجع إليه لأنه سفير وهذا إذا كان الثمن دينا وإن كان عرضا معينا
يشترط لصحة الإجازة قيام ذلك العرض أيضا ثم الإجازة تكون إجازة نقد لا إجازة
عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع إن كان مثليا
وقيمته إن كان من ذوات القيم لأنه شراء من وجه وشراء الفضولي لا يتوقف على إجازة
الغير بل ينعقد عليه وتحقيقه أن الثمن إذا كان عرضا كان الفضولي بائعا مال
غيره مشتريا العرض به من وجه والشراء لا يتوقف لأن الثمن يلزم في ذمة المشتري
في الشراء فيلزمه بالتزامه بخلاف البيع لأن قيامه بالمبيع وهو ملك الغير ويتضرر الغير
بلزوم العقد فقلنا بالتوقف لئلا يتضرر الغير به فإذا أجاز المالك البيع بالعرض كان
مجيزا نقد ملكه عوضا عما اشترى وصار الفضولي مستقرضا عن المالك ما باعه وإن
كان حيوانا لأن استقراضه يصح في ضمن الشراء وإن كان لا يصح قصدا لأنه
ثبت مقتضى الشراء فيثبت بشروطه والشراء مشروع فبضمنه يكون مشروعا ويرجع
عليه المالك بقيمته واعتبار جانب الشراء أحق من البيع لأنه يوافق الأصل لنفاذ تصرف
العاقد عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الأصل ولو هلك
المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا
ينفذ بإجازة غيره ولو أجاز المالك في حياته ثم مات وقد هلك المبيع ولم يدر أنه هل كان
قائما وقت الإجازة أو لم يكن جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو قول محمد
رحمه الله لأن الظاهر بقاؤه وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا فلا يثبت بالشك وصح
إعتاق المشتري من الغاصب بإجازة بيعه حتى لو غصب عبدا فباعه فأعتقه المشتري
ثم أجاز المولى البيع جاز العتق استحسانا عن المشتري وقال محمد وزفر رحمهما الله
وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لا يجوز قياسا وحاصل الخلاف راجع إلى إعتاق

المشتري

المشتري من الغاصب باطل عند محمد وزفر رحمهما الله لأن الإعتاق تصرف مختص
بملك كامل عند الإعتاق بالحديث ولم يوجد لأن الموقوف لا يفيد الملك إذ لا ملك إلا
بالنفاذ ولا نفاذ مع التوقف وعند الإجازة إن ثبت بطريق الاستناد فهو ثابت من
وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للإعتاق ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يملكه
بأداء الضمان ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع وكذا إذا قبض المشتري من الغاصب
ثم باع ثم أجاز المالك البيع الأول لم ينفذ البيع الثاني مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق
لأنه أحوج إلى الملك من البيع حتى إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينفذ لا الإعتاق وكذا
إذا ملك الغاصب المغصوب عند أداء الضمان لا ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب
فكذا هذا وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله موقوف على أن ينفذ المشتري
إذا ملك المشتري بإجازة المالك العقد لأن الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع
لإفادة الملك فيتوقف الإعتاق بتوقف الملك وينفذ بنفاذه لأنه من حقوقه والشيء إذا
نفذ نفذ بحقوقه وإذا توقف توقف بحقوقه فصار كإعتاق المشتري من الراهن
فإنه يتوقف نفاذه حتى إذا أجاز المرتهن البيع ينفذ الإعتاق على المشتري وكإعتاق
المشتري من الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين فإنه يتوقف نفاذ الإعتاق حتى
إذا أجاز الغرماء بيع الوارث ينفذ الإعتاق على المشتري وكإعتاق الوارث عبدا من تركة
مستغرقة بالدين فإنه ينفذ إذا قضى الدين بعده بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن
الغصب لم يوضع لإفادة الملك لكونه عدوانا محضا وإنما يثبت الملك ضرورة عند
أداء الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك
ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكما له بل هو بغرض أن يصير سببا عند أداء الضمان
والعتق وجد قبله وبخلاف ما لو كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق وخيار
الشرط يمنع الانعقاد في حق الحكم أصلا فكان الملك معدوما لوجود الخيار المانع
منه فلم يصادف الإعتاق محلا مملوكا للمشتري فيلغو وهنا البيع مطلق والأصل
في الأسباب المطلقة أن تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي إنما يثبت هنا بعارض دفع
الضرر ولا ضرر في توقف الملك والإعتاق فوجب القول بإظهار السبب في حقه
ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الأحكام التي لا يتضرر المالك بها غير موجود
في حق الأحكام التي يتضرر المالك بها والمشتري من الغاصب إذا أعتق ثم ملك
المغصوب بأداء الضمان لا ينفذ إعتاقه عند البعض لأن ملك المشتري ثبت بدا
على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الإعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه
والأصح أنه ينفذ لأن ملك المشتري ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل
العتق عند الإجازة بخلاف الغاصب لأنه ملك بالغصب وهو سبب ضروري
لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا كملك المكاتب لا يبيعه أي إذا باعه المشتري من الغ

ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني • لان بالاجازة يثبت للبايع وهو المشتري
الاول ملك بات فاذا طرا على ملك موقوف لغيره ابطله • وهذا لان الشرا سبب
مطلق موضوع لافادة الملك • فاذا اجاز المالك البيع الاول ثبت الملك للمشتري باتا مطلقا
لوجود السبب مطلقا فيبطل الملك الموقوف الذي هو ثابت للمشتري الثاني ضرورة
انه لا يجوز اجتماع عقدين نافذين في محل واحد على الكمال • فان قيل الملك
البات لبس بمانع للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفا فاولى ان لا يكون
رافعا • لان المنع اسهل من الدفع • قلنا المنع والرفع انما يكون عند التعارض
ولا تعارض ثمة • لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما ظهر في حق المتعاقدين
لان البيع قايم بهما • واذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي
والملك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع التعارض بين الملكين
فيرفع البات الموقوف • فان قيل الغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه عند اداء
الضمان ينفذ البيع وقد طرا على الملك الموقوف ملك بات ومع هذا لا يبطله قلنا
ملك الغاصب ليس بات لثبوته من وجه دون وجه لان سببه ضروري لا مطلق
فلا يظهر في موضع الضرورة فيه فلا يظهر في ابطال توقف البيع • والشرا موضوع لافادة
الملك وهو سبب مطلق فجاز ان يظهر في ابطال الملك الموقوف ولان فيه غررا اذ نفاذ
هذا البيع متعلق بنفاذ الاول ونفاذ الاول متعلق باجازة المالك فهو مما يجيز العقد
الاول او بما لا يجيز • فان اجازه بعد العقد الثاني والا لا ينفذ • فتعلق نفاذه بما فيه
خطر فيمتنع الجواز بخلاف الاعتاق لانه لا يؤثر فيه الغرر ولهذا يجوز اعتاق المبيع
قبل القبض وبيعه لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ على احتمال هلاك المبيع قبل القبض
فتبين انه باع مال الغير على انه روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يتوقف البيع كما
يتوقف الاعتاق • فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز المولى البيع لم يجز
اتفاقا لان الاجازة لم تصادف العقد لفوات محله وهو المعقود عليه • اما اذا مات فظاهر
وكذا اذا قتل لانه لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل ليعد باقيا ببقاء البدل اذ لا
ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات لا الى بدل بخلاف
البيع الصحيح فانه اذا باع صحيحا ثم قتل في يد البايع لا ينفسخ العقد لثبوت الملك عند
القتل فامكن ايجاب البدل له فعد المبيع قايما لقيام بدله • ولو قطع يد العبد
ولم يعتقه المشتري فاخذ ارشها فاجاز المولى البيع فارشه للمشتري • لان بالاجازة
يثبت الملك له من وقت الشرا فظهر ان القطع كان على ملكه وكان الارش له • وهذه
حجة لهما على محمد رحمه الله • والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش
الا ترى ان المكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق فالارش لمولاه • وكذا
اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبايع فاجاز البيع فارشه للمشتري به

بخلاف الاعتاق لانه لا افتقار الى الملك من كل وجه • ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لان المبيع
ان لم يكن مقبوضا للمشتري فلا يكون في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن وان كان
مقبوضا ففيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما يثبت
بطريق الاستناد ثابتا من وجه دون وجه • ومن باع عبد رجل فادعى المشتري رد العبد
وقال انك بعتني بغير امر صاحبه وجحد البايع ذلك وقال بل بعتك بامر صاحبه فاقام
المشتري بينة على اقرار صاحب العبد انه لم يأذن ببيعه واقام بينة على اقرار البايع
بذلك لا تقبل بينته لبطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على هذا العقد وهما عاقلان
اعتراف منهما بصحته ونفاذه • اذ الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح
النافذ • ثم المشتري بدعوى عدم الامر يدعي عدم الامر بعد الاقرار بالامر فكان
متناقضا فلم تصح الدعوى والبينة انما تسمع اذا ترتبت على دعوى صحيحة وهذا مشكل
بما مر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه واقر بان العبد للمستحق واخذ المستحق
ثم برهن على اقرار البايع بان العبد للمستحق وهو يريد الرجوع بالثمن تقبل بينته • وفرقوا
ان العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري • وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق
وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك تصح دعوى
الرجوع بالثمن في مسئلة الزيادات لوجود شرطه وفي مسئلة الجامع الصغير لا تصح
دعوى الرجوع بالثمن لعدم شرطه • وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع •
فموضوع الجامع الصغير فيما اذا برهن على اقرار البايع قبل البيع لعدم شرطه واقدامه
على الشرا ينفي اقرار البايع قبل البيع لانه للمستحق فصار متناقضا • والتناقض لا يصح
دعواه ولا تسمع بينته • وموضوع الزيادات فيما اذا برهن على اقرار البايع بعد البيع
انه للمستحق واقدامه على الشرا لا ينفي اقرار البايع بعد البيع انه للمستحق فلا يصير
متناقضا فتقبل بينته • وان اقر البايع عند القاضي ان رب العبد لم يأمره بالبيع بطل
البيع ان طلب المشتري ذلك فقد صح اقرار البايع لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار
لانه غير متهم فيه بخلاف الدعوى لانه متهم فيها فاذا صح الاقرار فللخصم ان يساعده
على ذلك فينفذ النقض عليهما • ولذلك شرط للنقض طلب المشتري حتى يصيرا متفقين
على ذلك فيكون نقضا • وذكر هذه المسئلة في الزيادات مع زيادة تقرير بعبارات
فقال عبد لرجل في يد غيره فقال رجل امرك رب العبد ببيعه فبعه مني فصدقه
او سكت وباعه او باعه منه ابتداء ثم جحد امره او قال عن لي او ادعى المشتري ذلك
وكذبه البايع لا يقبل قوله وبينته • ولو على اقرار ان رب العبد لم يأمره ببيعه
واستحلافه • لان مدعي عدم الامر متناقض ساع في نقض ما اوجبه فلا يقبل قوله وبينته
والاستحلاف يترتب على دعوى صحيحة ولم توجد • ولو صدقه صاحبه في عدم الامر
يحصل ذلك فسخا في حقهما دون رب العبد حتى لو حضر رب العبد وقال امرت

ببيعه طالب وكيله بثمنه دون المشتري عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وعند ابي
يوسف يطالب المشتري بالثمن واذا ادى رجع به على البايع لما عرف ان الوكيل بالبيع
اذا ابرأ المشتري عن الثمن صح ذلك عندهما ويضمن الوكيل للموكل مثله • وعند ابي يوسف
رحمه الله لا يصح الابراء • ولو جحده رب العبد امره عند القاضي وغاب وطلب بايعه
الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما • لانه ثبت عند القاضي ان البيع كان موقوفا • فان
طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف الامر على عدم الامر لم يؤخر • لان سبب الفسخ محقق
عند القاضي وهو جحود الامر الوكالة فلا يجوز التأخير لاجل اليمين • فلو حضر الامر
وحلف اخذ العبد وان نكل عاد البيع لثبوت الامر • ولو حضر وجحد الامر عند القاضي
وهل المشتري غايب لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضا بفسخه على
الغايب • وللبايع ان يحلف رب العبد بالله ما امرتني ببيعه فان نكل ثبت امره
وان حلف ضمن البايع ونفذ بيعه كغاصب باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان
ولو مات رب العبد قبل حضوره وورثه بايعه وجحد الامر وبرهن لا تقبل بينته
وان برهن على اقرار مشتريه بعدم الامر بعد موته تقبل • بخلاف ما لو برهن
في هذا الوجه في حيوة رب العبد فانه لا يقبل • لان في حياته ان قبلت بينة البايع
على هذا الوجه فانما تقبل من حيث انه اصل هو متناقض وبعد الموت انما تقبل بينة
البايع من حيث انه نايب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه في حياته لا يكون متناقضا
فكذا نايبه • ولو ورثه البايع وغيره فان ادعى غيره جحود الامر يسمع لانه لم يسبق
منه ما يجعله متناقضا بخلاف شريك البايع لانه متناقض وللمشتري ان يحلفه
بالله ما يعلم ان المولى امره ببيعه فان نكل ثبت الامر • وان حلف اخذ نصف العبد
ورجع البايع على المشتري بنصف الثمن وخير في النصف الاخر لتفرق الصفقة هذا
اذا اقر المشتري بان العبد ملك الامر • فلو جحد لغا قول الامر حتى يبرهن على ملكه
ولغا توكيل بايعه في خصومته لئلا تصير البايع ساعيا في نقض ما اوجبه • عقدان
موقوفان اجيزا وتوافقا ثبتا كالبيعين وان تنافيا ثبت اقواهما كالبيع والنكاح
والا بطلا كالنكاحين • اجتمع بيعان في عبد من وكيلين او فضوليين واجيزا
معا بنصف البيع اي اخذ كل واحد النصف او ترك • وانما يخير لان كل واحد شرع
في العقد على ان يكون له كل العبد فاذا تنصف تخير • والبيع احق من النكاح والاجارة
والرهن • حتى لو باع فضولي امة رجل وزوجها فضولي اخر من اخر واجرها او رهنها
فاجازها المولى معا جاز البيع وبطل غيره • لان البيع اقوى لانه يفيد الملك للرقبة
ولا كذلك غيره • والعتق والتدبير والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة بخلاف
غيرها والهبة والاجارة احق من الرهن • لان الهبة تفيد ملك الرقبة والرهن لا يفيد
ملك الرقبة والاجارة تفيد ملك المنفعة والملك والرهن لا • والهبة احق من الاجارة

لانها تفيد

لانها تفيد ملك الرقبة والمنفعة دون الاجارة • والبيع احق من الهبة في الدار لان الهبة
تبطل بالشيوع ويبقى البيع بلا مرا • واستويا في العبد لان الهبة مع القبض تساوي البيع
في افادة ملك الرقبة وكل واحد قابل للتنصيف • لان هبة المشاع فيما لا ينقسم صحيحة
وبطلت هبتان في الدار عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما • وهو فرع ما اذا وهب دارا
من اثنين وبطل رهنان في العبد او في الدار • لان رهن المشاع فيما ينقسم وفيما لا ينقسم
باطل • لا ينعقد تبايع غاصبي عرض لرجل واحد لان فايدة البيع ثبوت ملك الرقبة
او التصرف وهما حاصلان للمغصوب منه في البدلين بدون هذا العقد • واذا لم
ينعقد لا يلحقه الاجازة لانها تلحق الموقوف وليس هنا بيع موقوف • بخلاف نقدي
واحد • اي لو غصب احدهما ستة دراهم والاخر ستة دنانير وتبايعا وتقابضا جاز
وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب لان النقود لا تتعين فلم يقع العقد عليهما
باعيانهما وانما وقع على مثلهما في الذمة فلم يقع البيع على مال لمالك واحد • وصح البيع
لما بدين في ذمة كل واحد منهما الا ان كل واحد منهما قضى ما في ذمته بما غصبه فاحتيج
الى الاجازة لصحة ذلك القضاء لا لنفاذ العقد لانه نافذ بدونه واذا اجازه صار مقرضا
والقرض في ذوات الامثال مضمون بالمثل • وبخلاف عرضي اثنين فانه لو غصب رجل
عبد زيد وغصب رجل اخر امة بكر وتبايع الغاصبان فبلغهما الخبر فاجازا نفذ
لانهما لو تبايعا بانفسهما صح فاذا اجازا وجب ان يصح ايضا وصارت الامة لغاصب
العبد والعبد لغاصب الامة • لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء • ولو
قال رب العبد لغاصبه اشتر امة فلان بعبدي هذا • وقال رب الامة
لغاصبها اشتر عبد فلان بامتي هذه كان الجواب كذلك • وهذا لان الشرا لا يتوقف
فكان شرا كل واحد منهما واقعا لنفسه وصار كل واحد مستقرضا ما غصبه واستقراض صح
الحيوان يصح ضمنا وتبعا للشرا وان لم يصح قصدا • وعلى كل واحد منهما قيمة ما استقرض
ولو غصب منه دنانير واخر منه امة فتبايعا وتقابضا فاجازه نفذ • لان الدنانير
لم تتعين فلم يقع العقد على ما ليس لواحد بل وقع على امته بمال في ذمة الاخر الا انه
نقد ما عليه من المغصوب منه • فاذا اجازه صحت اجازته للبيع • لان بيع الامة موقوف
فيصح باجازته وما في يد البايع امانة • لانه صار بالاجازة وكيلا وامينا • ومشتري
الامة مستقرض ما نقد من ثمن الامة باجازة المغصوب منه فالاجازة في جانب غاصب
الامة اجازة البيع الموقوف وفي جانب غاصب الدنانير اجازة نقد الثمن والامة لمشتريها
ولو اجازه قبل النقد فنقد فهلكت الدنانير عند البايع ضمن المالك المشتري او البايع لان
احدهما غاصب في حقه والاخر غاصب الغاصب اذ الاجازة اقتصرت على البيع
لعدم النقد عندهما • فان ضمن غاصب الدنانير ملك الدنانير من وقت الغصب
وظهر انه نقد ملك نفسه • وان ضمن البايع رجع على المشتري بمثل تلك الدنانير

وسلم له • ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع • وعند محمد رحمه الله
يضمن وهي مسألة غصب العقار وموضعه كتاب الغصب

باب السلم

هو أخذ عاجل بآجل • واختص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو
تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر • وقيل السلم والسلف بمعنى • وسمي هذا العقد
به لكونه معجلاً على وقته • فإن أوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد
والسلم إنما يكون عادة لما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلاً على وقته • سمي
سلماً وسلفاً وهو المشروع بالكتاب فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما أشهد
أن الله أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية • وتلى قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا
إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه • والسنة فقد روي أنه عليه الصلاة والسلام
نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم • وإجماع الأمة والقياس يأبى جوازه
لأن المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور
التسليم لا يصح فبيع المعدوم أحق ولكنا تركناه بما ذكرنا • ويصح بلفظ البيع
بأن يقول اشتريت منك كر بر صفته كذا بكذا إلى كذا على أن توفيه في
مكان كذا • وقال زفر رحمه الله لا يصح لأنه عقد خاص ثبت بلفظ خاص
ثبت بخلاف القياس فلا يعدل عنه • ولنا أن كل واحد منهما تمليك مال بمال
والبيع اسم جنس فأصيب به كما يصاب بأسم جنسه • ويصح فيما تنضبط
صفته ويعرف قدره • لأن المسلم فيه دين وهو يعرف بالوصف فإذا أمكن ضبط
صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وذلك كونه في مثمن كدهن ونحوه • بخلاف
الدراهم والدنانير لأنهما ثمن لا مثمن والمسلم فيه مبيع فلا بد أن يكون مثمناً • وإذا
لم يكن سلماً يكون باطلاً عند ابن أبان وعند الأعمش رحمهما الله يكون
بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود العاقدين بقدر الإمكان وقد قصد المبادلة
بالدراهم المؤجلة وللاعتبار في العقود للمعاني • وقول ابن أبان أصح لأن المعقود
عليه المسلم فيه • وإنما يصح العقد في محل أوجب العقد فيه وذلك غير ممكن
ولا وجه لتصحيحه في محل آخر لأنهما لم يوجبا العقد فيه • وهذا إذا أسلم
البر أو غيره من العروض في النقدين • وكيلي كبر وشعير والأصل في ذلك قوله
عليه السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم
وعددي متقارب كالجوز والبيض لأن المتقارب وهو ما لا يتفاوت آحاده
في القيمة ويضمن بالمثل معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيصح السلم
فيه عدداً فالصغير والكبير فيه سواء • لأن هذا التفاوت ساقط الاعتبار فيما
بين الناس والتفاوت بين الشيئين إنما يعتبر بحقهم • فإذا أهدروا التفاوت
صار وجوده وعدمه سواء • وإذا سقط اعتبار التفاوت صار من ذوات الأمثال

بخلاف البطيخ

بخلاف البطيخ والرمان لتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً • فإنك ترى بطيخاً بفلس
وبطيخاً بفلسين • ولا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين وبتفاوت الآحاد في القيمة
يعرف العددي المتفاوت فلهذا لا يصح السلم فيه عدداً • وروى الحسن عن أبي
حنيفة رحمهما الله أن السلم لا يصح في بيض النعامة لتفاوت آحاده في المالية ثم
كما يصح السلم فيه عدداً يصح كيلاً • لأنه مما يعلم بالكيل • وقال زفر رحمه الله
لا يصح كيلاً لأنه عددي لا مكيل فلا يصح كيلاً • وهذا لأنه لا نص في الكيل والوزن
فيعتبر العرف وهو بالعد وعنه أنه لا يصح عدداً أيضاً لأنه يجري النزاع عند التسليم
والتسليم بسبب التفاوت فصار كالسفرجل والقثاء • قلنا المقدار يعرف بالكيل مرة
وبالعد أخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر الكيل والعد • والفلس فيصح السلم فيه
عدداً خلافاً لمحمد رحمه الله لأن ثمن ما دام رائجاً والمسلم فيه مبيع فما هو ثمن لا يصح
أن يكون مسلماً فيه كالنقدين وبعد الكساد قطعة مضعفة موزونة فلا يصح السلم
فيه عدداً • ولهما أن ثمنيته عارضة باصطلاح الناس والعاقدان أعرضا
عن هذا الاصطلاح على كونه عددياً • وليس من ضرورة خروجه عن الثمنية في حقهما
خروجه عن أن يكون عددياً كالجوز والبيض • واللبن والآجر إن سمي ملبن معلوم
لأن آحادهما لا تختلف في المالية فكانا عدديين متقاربين • وذرعي كثوب
بين طوله وعرضه ورقعته • اعلم أن السلم يصح في الثياب كلها إذا اشترط ضرباً
معلوماً وطولاً وعرضاً بذراع معلوم وصفة معلومة لأن مقدار المالية تصير
معلومة بذكر هذه الأشياء • والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لأنه لا يفضي إلى المنازعة
المانعة من التسليم • ولا يشترط الوزن إلا إذا أسلم في الحرير فإنه لا بد من بيان وزنه
أيضاً • لأن قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن • وما لا ينضبط صفته ولا يعرف
قدره لا يصح السلم فيه لأنه بدون الوصف يبقى مجهولاً فتفضي الجهالة إلى المنازعة
المانعة من التسليم والتسلم وذلك كالحيوان • فالسلم لا يصح فيه • وقال الشافعي
رحمه الله يصح لأنه إذا بين جنسه ونوعه وسنه وصفته بأن يقول إبل بختي بنت
مخاض جيد أو عبد تركي ابن عشرين سنة جيد بصير معلوماً • والجهالة القليلة
بعدها لا تمنع صحة السلم كما في الثياب • ولنا أنه أسلم في مجهول فلا يصح كما
في الجواهر الكبار • وهذا لأن بعد ذكر ما ذكره الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية
باعتبار معان أخر كالصباحة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكتابة
وحسن السير والمنظر في الدواب • فإنك ترى عبدين أو أمتين متفقين في الأوصاف
المشروطة ومع ذلك يساوي أحدهما بالألوف والآخر بالألف • قال الشاعر

لهم رب فرد يعدل الألف زائداً ۞ وألف تراهم لا يساوون واحداً

وهذه معان لا تنضبط بالوصف فتبقى جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم

والسلم ولا يلزم الثياب لانها خصت عن القياس بالاثر عن علي وابن عباس رضي الله عنهما فانهما
اجازا السلم في الثياب وورود الاثر لا يكون ورودا ههنا. ولان الثياب مصنوعة العباد
والعبد انما يصنع بآلة فاذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده
لا يعتبر كالتفاوت بين الجيد والجيد في البر. فاما الحيوان فصنع الله تعالى وذلك
يكون على ما يريده كيف. وقد صح عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير. فان قيل السلم
في الحيوان انما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر
بينهم فينبغي ان يصح السلم فيها. قلنا العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى
والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان. ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع
لانها عددية متفاوتة. فالتفاوت بين رأس ورأس وكراع وكراع معتبر بين
الناس ويتماكسون لاجله. ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه. ولا جلود عددا للتفاوت
ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا بين طول ما يشد به الحزمة
انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان يعرف به ولا يتفاوت. ولا في الجواهر
والخرز لانها عددية متفاوتة لتفاوت آحادها في المالية بالصغر والكبر. وفي
صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يصح السلم فيها لانها تعلم بالوزن. ولا في المنقطع عن
ايدي الناس وهذه المسألة على وجوه. وان كان المسلم فيه موجودا عند العقد
منقطعا عن ايدي الناس عند حلول الاجل لا يصح اتفاقا. وان كان منقطعا وقت
العقد موجودا في ايدي الناس عند المحل او كان موجودا عند العقد وعند المحل
منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله. وان كان موجودا
من وقت العقد الى وقت المحل يصح اتفاقا. له ان القدرة على التسليم انما تشترط
حال وجوب التسليم والمسلم فيه مقدور التسليم عند وجوبه وهو زمان حلول
الاجل فيصح العقد كما لو كان موجودا من وقت العقد الى وقت المحل. ولنا
قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها فالحديث دل على ان الوجود
معتبر من وقت العقد الى وقت المحل. ولانه اسلم في غير مقدور التسليم فلا يصح
وهذا لانه معدوم حال العقد والمعدوم لا يقدر على تسليمه وانما يصير مقدور
التسليم بالوجود وهو موهوم وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم. نعم
القدرة على التسليم تشترط حال وجوبه ولكن كل وقت بعد العقد يجوز ان يكون
حال وجوبه لاحتمال ان يموت المسلم اليه فيحل الاجل. ولو كان المسلم فيه من وقت
العقد الى المحل فلم يأخذه بعد المحل حتى انقطع عن ايدي الناس خير رب السلم
بين ان يفسخ ويأخذ رأس المال وبين ان ينتظر وجوده فيأخذ ما اسلم فيه.
وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس المال للعجز عن تسليمه. فصار كما

لو هلك

لو هلك المبيع في بيع العين قبل التسليم. ولنا ان السلم قد صح وقد تعذر تسليم المعقود
عليه بعارض على شرف الزوال فيخير العاقد فيه كما لو ابق المبيع قبل القبض. وبه
فارق هلاك المبيع فالمعقود عليه ثمة فات اصلا. وحد الانقطاع ان لا يوجد في سوق
يباع فيه وان كان قد يوجد في البيوت. ولا في السمك الطري في غير حينه وزنا
وعددا لانه ينقطع عن ايدي الناس خصوصا في الشتاء لانجماد الماء حتى لو كان في بلد
لا ينقطع يصح مطلقا وان كان في حينه يصح وزنا لا عددا لانه عددي متفاوت
وانما يرتفع التفاوت بذكر الوزن. وعن ابي حنيفة رحمه الله ان السلم لا يصح في الكبار
من السمك التي تقطع وزنا كالسلم في اللحم لجريان المماكسة في نزع عظمها ولاختلاف
رغبات الناس باختلاف مواضعها. وصح السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا
معلوما لكونه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم لانه غير منقطع ولا
عددا للتفاوت آحاده. وعن ابي حنيفة رحمه الله ان السلم في السمك لا يصح لانه لحم
فصار كالسلم في اللحم ولا يسلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله. وقالا يصح ان بين
جنسه ونوعه وصفته وموضعه وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب مائة من
لانه موزون عادة معلوم ببيان هذه الاشياء ولهذا يضمن بالمثل في ضمان العدوان
ويصح استقراضه وزنا. والاستقراض وزنا لا يصح الا في الموزونات ويجري فيه
ربوا الفضل بعلة الوزن والوزن وضع لتقدير الموزونات وكان منضبطا فصح
السلم فيه كما في الالية والشحم بخلاف لحم الطيور لانه لا يقدر على وصف
موضع منه. وله ان اللحم يقل عند عظم العظم ويكثر عند صغره فكان
السلم فيه مجهولا. وهذا التعليل يقتضي صحة السلم اذا كان منزوع العظم ولان
اللحم يتفاوت بتفاوت السمن والهزال. وذا يختلف باختلاف فصول السنة فما يعد
سمينا في الشتاء يعد مهزولا في الصيف وهذه جهالة مفضية الى النزاع. وهذا التعليل
يقتضي ان لا يصح السلم فيه. وان كان منزوع العظم وهو الاصح لجواز ان يكون
معلولا بعلتين فعدم احدهما لا يدل على الجواز. والتضمين بالمثل ممنوع فاللحم
من ذوات القيم في رواية بيوع الجامع. والاستقراض وزنا ممنوع ايضا ولئن سلم
فالمثل اعدل من القيمة لانه يماثله صورة ومعنى والقيمة لا تماثله صورة والموجب
الاصلي رد العين فيهما والمثل اقرب الى العين فكان اعدل منها. ولان القبض محسوس
معاين في القرض فامكن اعتبار المقبوض ثانيا للاول. والسلم يقع على الموصوف
في الذمة وفي الوصف عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل. ولا بمكيال رجل بعينه
او بذراع رجل بعينه اذا لم يدر قدره. لان القدرة على التسليم وقت وجوبه شرط
وذا لا يتحقق الا ببقاء ما عينه من المكيال والذراع الى وقت المحل وبقاؤه موهوم. فربما
يضيع قبله فيفضي الى النزاع. بخلاف بيع العين فانه يصح لما مر. ولا بد ان يكون

ط
كثير

المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها • فان كان مما لا ينكبس بالكبس
فيه كالزنبيل والجراب لا يصح لتمكن المنازعة • الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه
كذا عن ابي يوسف • ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها • لان القدرة
على التسليم عند وجوده شرط صحة العقد ولا قدرة الا بوجود المسلم فيه ووجوده
موهوم فربما تعتريه آفة فيعجز عن التسليم واحتمال الفساد في هذا العقد ملحق
بحقيقة الفساد واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ارايت لو اذهب الله الثمرة
ثم يستحل احدكم مال اخيه حين سئل عن السلم في ثمر حائط بعينه • ولو كانت
النسبة الى قرية لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشمرني ببخارا والبساخي بفرغانة
يصح لان ذكرها لبيان الجودة • وشرط جواز السلم بيان جنس المسلم فيه كبر
او شعير • وبيان نوعه كسقية او بخسية • وبيان صفته كجيد او ردي • وبيان قدره
مثل كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا • لانه اذا لم يتبين هذه الاشياء تقع
المنازعة المانعة من التسليم والتسلم من رب السلم والمسلم اليه • لان المسلم فيه يختلف
باختلاف الجنس والنوع والصفة والقدر • فربما يعطي المسلم اليه جنسا او نوعا او قدرا
غير الذي يطالبه رب السلم وليس الرجوع الى قول احدهما باحق من الآخر • لان كل
واحد يحتج بمطلق الاسم • فلا بد من بيان هذه الاشياء لتنقطع المنازعة • وبيان الاجل
فلا يصح السلم الا مؤجلا • وقال الشافعي رحمه الله يصح حالا ومؤجلا لانه
عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا • فاشتراط
التاجيل فيه زيادة على النص • ولان بيع ما في الذمة يصح حالا كبيع العين • ولنا
قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل
معلوم • قال صاحب الاسرار فيه وظاهره تحريم السلم على من اراده الا بهذه
الاوصاف • كمن قال لآخر من دخل داري فليدخل غاض البصر فيتقيد المطلق في حديث
الرخصة بهذا وفيه اشكال لانه انحصار ما جاز من السلم المذكور في الحديث اذ السلم
صح المذروع فكان الحديث ساكتا عن بيان السلم الحال وما وراه ناطق فيصح • ويمكن
ان يقال ان الاصل عدم جواز السلم لكونه بيع ما ليس عند الانسان وما ورد النص
بجوازه الا مؤجلا فلا يصح الا مؤجلا • وما روي حكاية حال فلا عموم له وقد اريد
به السلم المؤجل اجماعا فلم يرد غيره لئلا يتعمم ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط
صحة العقد فما تثبت به القدرة وهو الاجل الذي به يتمكن من تحصيله يكون شرطا
ضرورة • وهذا لان السلم عقد المفاليس اذ لا يعرض عن البيع باوفر الاثمان الى اوكسها
الا مفلس وانما شرع رخصة دفعا لحاجتهم والرخصة ما استبيح بعذر مع قيام المحرم
وهو العجز عن التسليم هنا • ولو قدر على تسليمه لم يوجد المرخص فيبقى على الاصل وهو عدم
الجواز • ولا يصح الا باجل معلوم لما روينا • ولان جهالته تفضي الى النزاع • واقل الاجل

شهر

شهر في الاصح وعليه الفتوى لان من حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر
بر • واذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل
وقيل ثلاثة ايام كالاجل في شرط الخيار • وقيل اكثر من نصف يوم • لان
المعجل ما قبض في المجلس والمؤجل ما لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من
نصف يوم عادة • وبيان قدر راس المال ان كان مشارا اليه فيما يتعلق العقد
على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود • وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد رحمهما الله
لا يشترط معرفة القدر بعد التعيين بالاشارة • حتى لو قال لغيره اسلمت اليك
هذه الدراهم في كر بر ولم يدر وزن الدراهم • او قال اسلمت اليك هذا
البر في كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لا يصح عندهما وعنده يصح •
واجمعوا ان راس المال لو كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة • لهما
ان المقصود هو الاعلام ليحصل القدرة على التسليم وينقطع النزاع وذا حاصل
بالاشارة الى العين لانها ابلغ اسباب التعريف فلا يشترط اعلام القدر كما
في الثمن والاجرة والثوب • فانه لا يشترط اعلام ذرعان الثوب اذا كان راس المال
اجماعا • والذرع في المذروعات للاعلام كالقدر في المقدرات • وله
ان جهالة قدر راس المال تفضي الى جهالة المسلم فيه لان المسلم اليه ينفق راس المال
شيئا فشيئا وربما يجد بعضه زيوفا • لان الدراهم لا تخلو عنه فيرده ولا يستبدله
في مجلس الرد فقد انفق ما عداه فيبطل العقد بقدر ما رده • فاذا لم يكن راس
المال معلوما لم يدر في كم انتقض السلم وفي كم بقي • واذا كان قدر راس المال
معلوما يوزن المردود فيعلم به في كم انتقض العقد • وما يفضي الى جهالة المسلم فيه
يجب الاحتراز عنه وان كان موهوما ولانه مما ينفسخ العقد بالعجز عن تسليم
المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والظاهر انه لا يكون قائما فلا يدري كم يرد فيفضي
الى المنازعة والى الربو • ولا يقال هذا موهوم والموهومات لا تعتبر لان الموهوم في
هذا العقد كالمتحقق لانه شرع مع المنافي لكونه بيع المعدوم وشرط جوازه لبيع
وجود المبيع • الا ترى انه عليه السلام كيف اعتبر الهلاك الموهوم في ثمر حائط بعينه
بخلاف ما لو كان راس المال ثوبا لان الذرع صفة لا يتعلق العقد على
مقداره واعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط • ولهذا لو اشترى ثوبا
طوله عشرة اذرع فوجده احد عشر يسلم له الزيادة ولو وجد تسعة لا يحط عنه شيء
من الثمن والمسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان ليشترط اعلامه • لان الاوصاف
لا يقابلها شيء • فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه • وههنا المسلم فيه يقابله
المقدار فيؤدي الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد • ومن فروعه اذا اسلم مائة درهم
في كر بر وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما لا يصح لان اعلام قدر راس المال

شرط يقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فلا يكون
قدر رأس المال لكل واحد منهما معلوماً حتى لو كانا من جنس واحد يصح. لأن رأس
المال ينقسم عليهما على السواء. او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما بأن اسلم دراهم
ودنانير في كر بر وقد علم وزن احدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده. لأن
اعلام قدر رأس المال شرط عنده فاذا لم يعلم احدهما بطل العقد في حصته فيبطل
في حصة الآخر لجهالة حصة الآخر ولاتحاد الصفقة. وبيان مكان الايفاء في ماله حمل
ومؤنة كالبر ونحوه. وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ليس بشرط ولكن
ان شرطاه صح وان لم يشرطاه يتعين مكان العقد للتسليم. لأن التسليم وجب
بالعقد فيتعين مكان العقد للتسليم كما في البيع. ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيتعين
ضرورة كأول اوقات الامكان في الاوامر المطلقة على قول الكرخي فصار كالقرض
والغصب. وله ان تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحاً ولم يوجد او ضرورة
وجوب التسليم عليه في الحال كما في القرض والغصب ولم يوجد. اذ السلم لا يصح
الا مؤجلاً ولا يتعين مكان العقد للايفاء فاذا لم يتعين ولم يعينا مكاناً آخر بقي
مكان الايفاء مجهولاً وجهالته تفضي الى النزاع كجهالة الصفة. لأن قيم الاشياء
تختلف باختلاف الاماكن فيما له حمل ومؤنة كما تختلف باختلاف الصفة. وعن
هذا قيل ان الاختلاف في بيان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في
الصفة. وقيل على عكسه. لأن تعين المكان قضية العقد عندهما حتى لم يحتج
الى ذكره فكان اختلافاً في موجب العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن ورأس
المال. وعنده قضية الشرط حتى احتيج الى ذكره فصار كالاختلاف في شرط الخيار
والاجل. وعلى هذا الخلاف الثمن المؤجل بأن باع عبداً حاضراً ببر موصوف في الذمة الى
اجل يشترط بيان مكان الايفاء للبر عنده في الصحيح. وعندهما يتعين مكان
العقد والاجرة. بأن استأجر داراً او دابة بماله حمل ومؤنة ديناً في الذمة عنده
يشترط بيان مكان الايفاء. وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء. وموضع تسليم
الدابة لا موضع العقد والقسمة بأن اقتسما داراً وشرط احدهما على صاحبه شيئاً
له حمل ومؤنة لزيادة غرس او بناء في نصيبه. فعنده يشترط بيان مكان الايفاء
لصحة القسمة في الصحيح. وعندهما يتعين مكان القسمة للايفاء. وما لا حمل له ولا
مؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء عندهم. لأنه لا تختلف
قيمته باختلاف المكان. وذكر في الجامع الصغير وبيوع الاصل انه يتعين مكان
العقد للايفاء. وذكر في الاجارات انه لا يتعين ويوفيه في اي موضع شاء
وهو الاصح لاستواء الاماكن كلها ولا يجب في الحال ليتعين ضرورة باعتباره. ولو عينا
مكاناً قيل لا يتعين لأن الشرط الذي لا يفيد لا يعتبر. وقيل يتعين لأنه يفيد

سقوط

سقوط خطر الطريق عن رب السلم. ولو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به. لأن المصر
مع تباعد اطرافه كمكان واحد. وقبض رأس المال قبل افتراقهما بأبدانهما وهو شرط
بقاء العقد على الصحة وسواء كان رأس المال مما لا يتعين كالنقود او مما يتعين كالعروض
اما اذا كان من النقود فلئلا يكون افتراقاً عن دين بدين لأنه عليه السلام نهى عن الكالئ
بالكالئ اي النسيئة بالنسيئة. واما اذا كان من العروض فلأن السلم اخذ عاجل بآجل والسلم
فيه آجل فوجب ان يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما
في الصرف وفي الكفالة والحوالة. لأنه لا بد من تسليم رأس المال الى المسلم اليه ليتصرف فيه
فيقدر على تسليم المسلم فيه. وقال مالك قبض رأس المال يوماً او يومين جائز لأنه يعد
عاجلاً عرفاً. وعن هذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه شرط الخيار لهما او لاحدهما
لأنه يمنع تمام القبض. اذ القبض انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك
لأنه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق قبل تمامه يبطل العقد
وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه لا يفيد. اذ فائدته الرد والمسلم فيه دين في الذمة
فان رد المقبوض عاد ديناً كما كان. ولأن اعلام الدين بذكر الصفة اذ لا يتصور فيه
المعاينة فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في السلم فيه مقام الرؤية في بيع العين
بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الملك فلا يمنع تمام القبض. وصح العقد لو اسقط
خيار الشرط قبل الافتراق اذ كان رأس المال قائماً في يد المسلم اليه عند اسقاط الخيار
وان انفقه حتى صار ديناً عليه لم يصح العقد باسقاط الخيار. لأن ابتداء العقد برأس
مال هو دين لا يصح فكذا الاتمام باسقاط الخيار. وقال زفر لا يصح العقد باسقاط
الخيار. وقد حققناه في باب البيع الفاسد فيما اذا باع بأجل مجهول ثم اسقط الاجل
مطلب وقد جمعوا جملة الشروط في قولهم اعلام نقد رأس المال في المكيل والموزون والمعدود
والتعجيل واعلام المسلم فيه جنساً ونوعاً وقدراً وصفة والتأجيل وبيان مكان الايفاء
فيما له حمل والقدرة على التحصيل. واستبدال الزيف ان قل في مجلس الرد. اعلم ان
المسلم اليه اذا وجد رأس المال زيوفاً بعدما افترقا فرده واستبدل به الجياد في مجلس
الرد وكان المردود قليلاً صح وان كان كثيراً بطل عند ابي حنيفة رحمه الله. وعندهما
جاز استحساناً قل المردود او كثر. وعند زفر بطل السلم بقدره قل المردود او كثر
قياساً لانتقاض القبض من الاصل بالرد فكأن لم يوجد فبطل العقد بقدر المردود
كما لو وجده رصاصاً او ستوقاً. ولهما انهما افترقا عن قبض صحيح. لأن قبض الزيوف صحيح
حتى لو تجوز به جاز وانما انتقض ذلك القبض بالرد وصار العقد عند الرد موجباً قبض
الجياد فاذا افترقا بعد قبض الجياد بقي العقد صحيحاً. وله ان القبض انتقض من الاصل
ولهذا يعود الاجل لو كان مؤجلاً. وكذا الكفالة والرهن فكأنهما افترقا عن غير قبض
الا ان في القليل ضرورة لأن الدراهم لا تنفك عن زيف قليل ولا ضرورة في الكثير لأنه يخلو

عنه

والقليل عند أبي حنيفة رحمه الله ما دون النصف والكثير ما فوقه. وفي النصف عنه روايتان.
ومن أسلم مائتي درهم في كر بر مائة دينا على المسلم إليه ومائة نقدا بطل في حصة الدين
لأنه دين بدين والكالي بالكالي منهي عنه. وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال
في المجلس ولا يشيع الفساد كما قاله زفر رحمه الله. أما إذا أطلق العقد ولم يضف المائتين
إلى دراهم بعينها بأن قال أسلمت إليك مائتي درهم في كر بر ثم نقد مائة وجعل المائة
الأخرى قصاصا بدين كان له عليه قبل عقد السلم فظاهر. لأن الفساد طارئ إذ السلم صح وانعقد
ابتداء لخلوه عن الشرائط المفسدة. إذ قبض رأس المال شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط
انعقاده صحيحا إذ العقد لازم قبل قبض رأس المال ما داما في المجلس. ولهذا لو نقد المائتين
قبل الافتراق صح. وإنما يفسد بعض السلم بعده بسبب طارئ وهو الافتراق لا عن قبض
حيث لم ينقد المائة وجعلها قصاصا بما عليه والفساد الطارئ لا يشيع عند الكل. كما لو باع
عبدين وهلك أحدهما قبل التسليم. بخلاف ما لو جمع بين حر وعبد. لأن الفساد
مقارن فيشيع في الكل. وأما إذا قيد بأن قال أسلمت إليك هذه المائة والمائة التي لي
عليك في كر بر فكذلك لأن النقود لا تتعين في العقود دينا كانت أو عينا. حتى
لو باع عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لم يبطل البيع فكان التقييد مثل الإطلاق
ثم المقاصة بالدين فانعقد العقد صحيحا. بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان
إذ لا دين حيث يبطل البيع لأنه بيع بلا ثمن. ولو يقال لو قال أسلمت إليك هذه المائة
والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل فإن نقد مائة لأن اشتراط تسليم الثمن على
غير العاقد مفسد للعقد وهذا فساد مقارن للعقد فأوجب فساد الكل ولو لم يشترط
تسليم الثمن على غير العاقد هنا. وفي الكل لو نوعين أو أسلم برا في شعير وزيت أي لو قال
أسلمت إليك هذه العشرة الدراهم العين والعشرة الدنانير التي عليك في كر بر بطل
في الكل. أما في حصة الدنانير فبالإجماع لعدم النقد في المجلس. وأما في حصة الدراهم
التي عليك فعند أبي حنيفة رحمه الله فللجهالة وهي مسألة إعلام قدر رأس المال. ولو أسلم كر
بر في كر شعير وكذا أمنا من الزيت بطل في حق الشعير عندهم لأن الكيل يجمعهما
ويبطل في حصة الزيت عنده أيضا للجهالة قدر رأس مال الزيت من البر إذ معرفة قدر رأس
المال شرط عنده. فإذا قوبل بشيئين مختلفين كان الانقسام بطريق القيمة وذا يعرف
بالحزر والظن فكان مجهولا حتى لو بين حصة كل واحد منهما يصح لانتفاء الجهالة.
وعندهما معرفة القدر ليست بشرط. ولا يصح التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه
بشركة وتولية قبل القبض. لأن التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز. والمسلم فيه مبيع
ورأس المال أخذ شبها بالمبيع. ولأن فيه تفويت القبض المستحق بالعقد والشركة
أن يشاركه آخر فيه. فإن تقايلا السلم لم يشتر منه برأس المال شيئا. أي لو أسلم رجل
إلى رجل عشرة دراهم في كر بر ثم تقايلا السلم فأراد رب السلم أن يشتري

من المسلم إليه

من المسلم إليه برأس المال شيئا قبل القبض لم يجز استحسانا. وعند زفر والشافعي رحمهما الله
يجوز قياسا لأنه لما بطل السلم بقي رأس المال دينا في ذمته فصح الاستبدال به كسائر
الديون. ولنا قوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي إلا سلمك حال قيام
العقد أو رأس مالك حال انفساخه. إذ لا يملك أخذه حال قيامه فقد جعل حق رب
السلم أخذ المسلم فيه قبل الإقالة وأخذ رأس المال بعدها. ثم قبل الإقالة لا يصح استبدال
فيه كيلا يصير قابضا غير حقه فكذا بعدها برأس المال ولأن رأس المال أخذ شبها
بالمبيع فلم يجز التصرف فيه قبل قبضه. وهذا لأن الإقالة في حق غير المتعاقدين
كعقد مبتدأ وحرمة الاستبدال لغيرهما. وجانب المسلم فيه لا يحتمل العقد المبتدأ
إذ لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لأنه دين سقط وبالسلم يثبت الدين وجانب رأس
المال يحتمله فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء
السلم فيحرم الاستبدال برأس المال ضرورة. ولا يلزم أن لا يجب قبضه في المجلس لأن
قبض رأس المال وجب لحق المسلم فيه. لأنه لما وجب فيه أن يكون دينا وجب حتى
يقبض ما يقابله لما وجب تأجيله فوجب تعجيل الآخر خلفا عنه. ولما لم يثبت حكم الابتداء
في جانب المسلم فيه لم يثبت فيما يخلفه وهو تعجيل قبض رأس المال. ومن أسلم في كر بر
فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه منه قضاء بحقه
فاقتضاه رب السلم لم يكن قضاء. ولو كان الكر قرضا فأمره بقبض الكر صح. ولو أمر في
السلم بقبضه له ثم بقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه صح. والأصل نهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى تجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري.
ومحل الحديث اجتماع الصفقتين بشرط الكيل وقد اجتمع هنا صفقتان بشرط الكيل
لما أمر المسلم إليه رب السلم أن يأخذ ذلك الكر من البائع اقتضاء لحقه صفقة جرت
بين المسلم إليه وبائعه. وصفقة جرت بين المسلم إليه ورب السلم فلا بد من الكيل
مرتين مرة لصفقة بين المسلم إليه وبائعه. ومرة لصفقة بين المسلم إليه ورب السلم.
فإن قيل بيع المسلم إليه مع رب السلم على شراء المسلم من بائعه فلم يكن المسلم إليه بائعا
بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي. قلنا المسلم إليه وإن كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق
والقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكأنهما جددا ذلك العقد على المقبوض
فتحقق البيع بعد الشراء. وهذا لأن العقد تناول دينا في ذمته والمقبوض عين والعين
غير الدين حقيقة فإن جعل المقبوض عين ما تناوله العقد في حق حكم خاص وهو حرمة
الاستبدال. إذ لو جعل عينه لكان استبدالا بالمسلم فيه وهو حرام. أما فيما وراءه فهو غيره
حقيقة فصار بائعا ما اشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لأنه إعارة
حتى ينعقد بلفظها وكان المقبوض عين حقه تقديرا وإنه يلزم تمليك الشيء بجنسه
نسيئة فلم يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة. ومن

أسلم في كر وأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في ظرف رب السلم ففعل وهو غائب
لم يكن قبضا لأن أمره بالكيل لم يصح إذ أمره تناول عينا مملوكة للمسلم إليه لا لرب
السلم لأن حقه في الدين لا في العين وجعل الدين في ظرفه محال وإنما يثبت حقه في العين
بالقبض فصار المسلم إليه مستعيرا للظرف منه وقد جعل ملك نفسه فيه فيبقى دين رب
السلم كما كان وصار كما لو دفع الدائن إلى مديونه كيسا ليزن المديون فيه
دينه فوزن لم يصر قابضا بخلاف البيع فإنه لو اشترى من آخر كرا معينا غائبا وأمره
أن يكيله في ظرف المشتري ففعل والمشتري غائب فهو قبض لأن الأمر صحيح
صح لأنه تناول ملك الآمر لأنه ملك العين بالبيع وقد صح الأمر صار البائع وكيلا عنه
في إمساك الظرف وصار الظرف في يد المشتري حكما فصار الواقع فيه واقعا في يد المشتري
حكما ولهذا لو أمر المشتري البائع بالطحن فطحن كان الدقيق للمشتري وفي السلم للمسلم إليه
لأن الأمر بالطحن لم يصح في السلم لأنه في ملك المسلم إليه فصار الحال بعد الأمر كالحال قبله
وفي الشراء صح الأمر لأنه لاقى ملك المشتري فإن قيل في فصل الشراء ينبغي أن لا
يصح الأمر أيضا في حق ثبوت القبض لأن البائع لا يصلح وكيلا عن المشتري في القبض
حتى لو وكله بالقبض لم يصح قلنا أمره بالطحن لا بالقبض وإنما ثبت القبض حكما
وجاز أن يثبت الشيء حكما وإن كان لا يثبت قصدا وكذا لو أمره أن يصبه في البحر
فصبه يهلك من مال المسلم إليه في السلم ومن مال المشتري في الشراء ويتقرر عليه الثمن
لما مر ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل
والقبض حصل بوقوع المبيع في ظرف المشتري ولو أمره في الشراء أن يكيله في ظرف
البائع ففعل لم يصر قابضا لأن المشتري صار مستعيرا ظرفه فلم يقبض فلا تصح
العارية لأنها تبرع فلا تتم بلا قبض فلا يصير الواقع فيه واقعا في يد المشتري فصار كما
لو أمره أن يكيله ويعزله في جانب بيت البائع فكال لم يصر المشتري قابضا لأنه
لا يد للمشتري عليه لأنه مستعير لم يقبض ولو اجتمع العين والدين والظرف للمشتري
فإن بدأ بالعين صار قابضا للكل أما العين فلصحة الأمر فيه وأما الدين فلأنه
خلطه بماله ومثله يصير قابضا كمن استقرض من آخر كرا من طعام وأمره أن
يزرعه في أرضه صح وصار رب الأرض قابضا لاتصاله بملكه وكمن دفع دينارا إلى صايغ
وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار ويتخذ خاتما ففعل صح وصار مقرضا وصار الآمر
قابضا لاتصاله بملكه فإن قيل أليس أن الصباغ إذا صبغ الثوب لا يصير المستأجر
وهو رب الثوب قابضا باعتبار هذا الاتصال فلم يصر قابضا ههنا باعتباره قلنا المعقود
عليه ثم الفعل وهو الصبغ لا العين وهو الصبغ والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض
لا يقبل الانتقال عن محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصر به قابضا وإن بدأ
بالدين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الأمر وأما العين فلأنه خلط مال المشتري

بمال نفسه

بمال نفسه قبل التسليم فصار مستهلكا المبيع قبل التسليم إلى المشتري عند أبي حنيفة رحمه الله
فينتقض البيع فإن قلت الخلط حصل بإذن المشتري فينبغي أن لا ينتقض البيع قلت
جاز أن يكون مراده البداية بالعين فلم قلت كان العين حصل بإذن المشتري وعندهما
إن شاء المشتري شاركه في المخلوط وإن شاء نقض البيع لأن الخلط ليس باستهلاك
عندهما فقبض المسلم فيه وتعيب عنده ووجد به عيبا قديما فعند أبي حنيفة رحمه الله
إن قبله المسلم إليه مع العيب الحادث عاد السلم لانتقاض القبض وإن أبى قبله ذلك لحدوث
عيب آخر فلا شيء عليه لأنه وجب في ذمة رب السلم مثل ما قبض ثم صار قصاصا بماله عليه
فلو أخذ للعيب شيئا آخر لصار المثل بالمثل والفضل ربو وقال أبو يوسف رحمه الله
إن أبى أن يقبله معيبا رد عليه مثل ما قبض ورجع عليه بما شرط في السلم كما هو أصله
في قبض الزيوف مكان الجياد وقال محمد رحمه الله إن أبى أن يقبله رجع عليه بقدر
النقصان من رأس ماله لأنه منع عنه بعض المبيع فيرجع ببعض الثمن اختلف رب
السلم والمسلم إليه في قدر رأس المال والمسلم فيه أو فيهما بأن قال رب السلم أسلمت إليك
خمسة دراهم في كر بر وقال الآخر بل أسلمت عشرة في كر بر وبرهنا فعند
أبي يوسف رحمه الله وقيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله قضي بعقد واحد ببينة المسلم
إليه ويثبت الفضل وعند محمد رحمه الله قضي بعقدين خمسة عشر درهما على رب
السلم ويكونان على المسلم إليه وإن قال رب السلم أسلمت إليك عشرة في كري بر وقال
الآخر أسلمت إلي عشرة في كر بر وبرهنا قضي ببينة رب السلم وثبت الفضل وعند
محمد رحمه الله قضي بعشرين درهما في ثلاثة أكرار وإن قال المسلم إليه أسلمت
عشرين درهما في كر بر وقال رب السلم أسلمت عشرة في كري بر قضي بعقد
واحد وتقبل بينة كل في إثبات الفضل فيقضى على رب السلم بعشرين وعلى المسلم إليه
بكري بر وعند محمد رحمه الله بثلاثين درهما على رب السلم وبثلاثة أكرار
على المسلم إليه يعني عقدا بعشرين في كر بر وعقدا بعشرة في كري بر لأن
البينات حجج الشرع فيعمل بها ما أمكن وقد أمكن هنا إذ كل واحد يبرهن على عقد
غير ما يدعيه صاحبه ولهما أنهما اتفقا أنه لم يجر بينهما إلا عقد واحد فكيف يقضى
بعقدين أسلم أمة في كر بر وقبضت الأمة فتقايلا فماتت الأمة في يد المسلم إليه
بقيت الإقالة وعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الأمة صح لأن صحة
الإقالة تعتمد قيام العقد لأنها فسخ العقد وفسخه بدونه لا يكون وقيام العقد
بقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه لأنه إن كان دينا فهو حكم العين لأنه مبيع حتى
لم يجز الاستبدال به قبل قبضه فصحت إضافة الإقالة إليه بعد موت الأمة ابتداء
وبقي التقابل عليه بعد موت الأمة إذ البقاء أسهل من الابتداء وإذا انفسخ العقد
في المسلم فيه ينفسخ في الأمة وإن ماتت تبعا فيجب عليه ردها وهو عاجز عن ردها

بموتها فيجب عليه رد قيمتها. والتقابض في بيع ما يتعين بما لا يتعين مثل السلم حتى تصح
الإقالة ويبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه فيكون العقد
قائما ببقاء أحدهما فيصح ويبقى. والشراء بألف عكسه أي لو اشترى أمة بألف ثم تقايلا
فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة. ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة أيضا
لأن المعقود عليه في البيع الأمة فبقي العقد ببقائها ويبطل بموتها. فإذا ماتت لم يبق العقد
فلم يصح الفسخ وإذا لم يصح الفسخ لفوات محله لم يبق الفسخ بعد هلاك محله إذ البقاء في
غير المحل مستحيل. القول لمدعي الرداءة والتأجيل لأنهما كان لو قال المسلم إليه
شرطت لك رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول للمسلم إليه لأن رب السلم
متعنت في إنكاره الصحة. إذ الظاهر أن المسلم فيه مع رداءته يربو على رأس المال وكلام
المتعنت وهو منكر ما ينفعه مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض. وفي عكسه إن ادعى
رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم إليه الشرط أصلا القول لرب السلم عند
أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعي الصحة فكان القول له وإن أنكر خصمه. إذ الظاهر
شاهد له. لأن العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التفادي عن المعصية
وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر. ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال
رب السلم كان له أجل فالقول لرب السلم عندهم. لأن كلام المسلم إليه خرج مخرج
التعنت. لأنه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الأجل لأنه لم يرد به المسلم إليه فيتعين
الفساد غرضا له فكان باطلا. فإن قيل المسلم إليه ليس بمتعنت لأنه يدعي الفساد
وفيه نفع لعود رأس المال إليه. قلنا الفساد لعدم الأجل مجتهد فيه إذ الشافعي يجوزه
حالا فلا يعتبر النفع في رد رأس المال. بخلاف ما إذا أنكر الوصف لأن الفساد
ثم قطعي. وإذا جعل القول لرب السلم يرجع في بيان مقدار الأجل إليه أيضا. وفي
عكسه بأن ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم إليه عند أبي حنيفة
رحمه الله. وعندهما لرب السلم لأنه ينكر حقا عليه وهو الأجل وكان القول
له. وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة
عشرة دراهم والمضارب يقول شرطت لي نصف الربح مطلقا فإن القول لرب المال
وإن كان فيه فساد العقد لأنه ينكر استحقاق الربح. وله أن اتفاقهما على عقد
السلم اتفاق على شرائطه لأن شرط الشيء تبع له وثبوت التبع بثبوت الأصل فصارا
متفقين على الصحة وإنكار الأجل بعده إنكار عما أقر به فلا يعتبر كما لو اختلفا في
الشهادة واتفقا على النكاح فإن القول قول من يدعي أنه كان بشهود. بخلاف
مسألة المضاربة لأنها ليست بلازمة لأنها إذا صحت كانت شركة فإذا فسدت
صارت إجارة فلم يتفقا على عقد واحد. فإن دل ظاهر حاله على التفادي عن الفساد فلا
يدل على أن لا يختار عقد الحق فإذا كان كذلك لم يعتبر دعواهما في العقد.

فبقي مجرد

فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح على رب المال وهو ينكر فكان القول له. أما السلم
فعقد لازم متحد على تقديري الصحة والفساد فكان القول لمن يدعي صحته.
والحاصل أن من خرج كلامه تعنتا كان باطلا وكان القول لصاحبه
عندهم. وإن خرج خصومة بأن ينكر ما يضره واتفقا على عقد واحد فالقول لمن يدعي
صحته عنده. وعندهما للمنكر. وصح السلم في نحو خف وطست وقمقم إذا كان
يعرف بالوصف. وإذا كان لا يعرف فلا خير فيه لأنه يباع دينا والدين بالوصف
وبدونه يبقى مجهولا جهالة تفضي إلى النزاع. وإن استصنع في شيء من ذلك بغير
أجل صح استحسانا وصورته أن يقال للخفاف اخرز لي خفا من أديمك يوافق رجلي
ويريه رجله بكذا. أو يقول للصائغ اصنع لي خاتما من فضتك ويبين وزنه
وصفته بكذا. والقياس أن لا يصح. لأنه لا يمكن تجويزه إجارة لأنه استئجار
على العمل في ملك الأجير إذ الأديم ملك الصانع. ولا بيعا لأنه بيع ما ليس عنده
ولا سلما لفقد شرائطه. ووجه الاستحسان ما روي أنه عليه السلام استصنع
خاتما ومنبرا. ولأن المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم
إلى يومنا هذا بلا نكير فنزل منزلة الإجماع. وهو كدخول الحمام بأجر فإنه جائز
استحسانا لتعامل الناس وإن أبى القياس جوازه لأن مقدار المكث وما يصب من الماء
مجهول. وكذا لو قال لسقاء أعطني شربة ماء بفلس أو احتجم بأجر فإنه يجوز لتعامل
الناس وإن لم يكن قدر ما يشرب وما يحتجم من ظهره معلوما. والأصل فيه
قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن. وقد رأوا الاستصناع
حسنا فكان حسنا. وكان الحاكم الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وإنما
ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغا عنه. ولهذا ثبت به الخيار لكل
واحد منهما. والصحيح عند الجمهور أنه بيع لأن محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر
فيه القياس والاستحسان. وفصل بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعدة
تجوز قياسا واستحسانا في الكل والمعدوم يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة صح
وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا. إذ كل أحد لا يجد خفا
يوافق رجله أو خاتما يوافق أصبعه. وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة أصله بيع
المنافع. ثم قال أبو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه العمل. لأن الاستصناع
استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه معقود عليه. والأديم
آلة العمل والأصح أن المعقود عليه العين المستصنع فيه. ولهذا لو جاء به مفروغا
عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز. وإنما بطل بموت أحدهما
لأن له شبها بالإجارة إذ يثبت طلب العمل. وإذا عمله الصانع فقبل أن يراه
المستصنع باعه من غيره صح. لأن العقد لم يتعين فيه قبل اختياره. وإذا أحضر

ورآه المستصنع فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره وهذا
يدل على أن المعقود عليه العين لأن خيار الرؤية إنما ثبت في بيع العين ولا خيار
للصانع بل يجبر على العمل لأنه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار
أيضا لأنه لا يقدر على تسليم المعقود عليه إلا بضرر فإنه يحتاج إلى شراء الأديم
وآلات العمل وإفساد بعضها ليحصل ما باعه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا خيار
لواحد منهما أما الصانع فلما مر وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع
فربما لا يرغب غيره في شرائه بتلك الصفة والصحيح أن للمستصنع الخيار ولا خيار للصانع
ولا يصح فيما لا تعامل فيه كالجباب والثياب لأن مجوز الاستصناع التعامل ولا يجوز
فيما لا تعامل فيه فيعمل بالقياس وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف
ليقدر على تسليمه ولو ضرب الأجل فيما فيه تعامل صار سلما عند أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما هو استصناع ولو ضرب الأجل فيما لا تعامل فيه صار سلما عندهم حتى
يشترط رأس المال واستقصاء الوصف ولا يكون فيه خيار الرؤية والحاصل أن قبض
رأس المال أن المبيع لما كان دينا أمكن تصحيحه سلما واستصناعا لكنهما رجحا الاستصناع
إعمالا للفظ في حقيقته وحملا للتأجيل على التعجيل في المدة بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه
لا يمكن تصحيحه استصناعا فحمل على السلم ضرورة وهو رجح السلم لأن جوازه بالكتاب
والسنة المستفيضة وإجماع الأمة وجواز الاستصناع بالتعامل وفيه شبهة لأن عند
زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وبالحديث الاستيفاء بقبض غير مضمون من جنسه بعد
العقد فيصير مستوفيا بالغصب والقرض بعده لا قبله حتى لو غصب رب السلم
كذا أو استقرض كذا من المسلم إليه بعد عقد السلم يصير قصاصا ولو كانا
قبله لا يصير قصاصا لأن الشرط أن يصير مستوفيا دين السلم بدين آخر عليه
ولا يصير موفيا دينا عليه آخر بدين السلم حتى لا يكون استبدالا وإنما يصير مستوفيا
دين السلم بدين آخر إذا وجب دينا آخر عليه بعد عقد السلم لأن آخر الدينين إيفاء
ولما إذ الإيفاء يحصل بالقصاص والقصاص يتبع عنه وجوب آخر الدينين والصرف
كالسلم أسلم في كر بر وسط فباع رب السلم من المسلم إليه عبدا بكر وسط وقبض
الكر لا العبد وفسخ البيع بما هو فسخ من كل وجه كخيار رؤية أو شرط أو عيب
قبل القبض بقضاء أو بلا قضاء أو بعد القبض بالقضاء يجب على رب السلم رد مثل
الكر الذي هو ثمن العبد ولا يجب عليه رد عين الكر المقبوض إذ الفسخ يرد على ما ورد
عليه العقد والعقد ورد على كر بعينه فكذا الفسخ فلو لم يرد الكر حتى حل السلم
صار قصاصا تقاصا أو لم يتقاصا لوجود علامة الاستيفاء بعد ارتفاع البيع وهو
قبض عين مضمون بعد السلم وكذا لو باع العبد قبل السلم وقبض الكر بعد السلم
لحصول الاستيفاء بقبض غير مضمون بعد السلم ولو كان البيع والقبض قبل السلم

لم يصر

لم يصر قصاصا وإن تقاصا لأنه لو صار قصاصا لصار دين السلم إيفاء لدين ثمن العبد
لأن آخر الدينين إيفاء لأولهما فيصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض وصار كما لو رد
العبد بعيب برضا بعد قبضه أو بإقالة فإن الكر لا يصير قصاصا بالكر وإن تقاصا
لأن حرمة الاستبدال بالسلم فيه حق الشرع والإقالة عقد جديد في حق الثالث
فصار الكر مقبوضا بجهة الثمنية عن العبد في حق الشرع وما يكون على وجه الاقتضاء
بعقد آخر لا يكون استيفاء للمسلم فيه فكان استبدالا ضرورة جاء المسلم إليه بكر
أجود وأخذ درهما لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه اعتياض عن الجودة
ولا قيمة لها وكذا لو جاء بأردأ ورد درهما لم يجز عندهما لأنه إقالة فيما لا حصة له
من الثمن وعند أبي يوسف رحمه الله يصح فيهما لأنه إحسان من الجانبين وقد قال
عليه السلام خيركم أحسنكم قضاء وصار كما لو جاء بأزيد بقفيز أو بأنقص بقفيز
واحد أو رد درهما فإنه يجوز ولو جاء بثوب أنقص بذراع ورد درهما فقبل
لم يجز عندهما لأنه إقالة فيما لا تعلم حصته إذ الذرع وصف وعند أبي يوسف
رحمه الله يجوز كما لو جاء بثوب أزيد بذراع وطلب درهما ولو أسلم مائة في كر بر
فباع رب السلم من المسلم إليه كرا بمائتين إلى أجل وقبض الكر وقضاه عن السلم قبل نقد
المائتين لم يجز لأن القبض في السلم كإنشاء العقد وكأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل
نقد الثمن ولو استهلكه وجب عليه مثله لأن القضاء لم يصح فإن قضى عليه بمثله فتقاصا
لم يجز أيضا لأن الضمان قائم مقام المضمون والمضمون لا يصلح قضاء عن السلم فكذا الضمان
ولو قبض الكر الذي عليه ثم قضاه عن السلم صح لأن الديون تقضى بأمثالها ولو كان ما قبض
المسلم إليه من رب السلم عين ما وجب عليه بجهة الضمان إذ الضمان وجب دينا في الذمة
والمقبوض عين والعين غير الدين وإنما جعل المقبوض في حكم العين في السلم احترازا عن
الاستبدال ولا استبدال هنا جائز فلا يجعل المقبوض عين الدين وهذا البيع رب السلم
كرا من المسلم إليه بمتاع وتقابضا ثم قضى به السلم صح ولو لم يقبض الكر وتقاصا لا يصح
لأن قضاءه تصرف في المبيع قبل القبض فإن تعيب الكر عند رب السلم واختار المسلم
أخذه معيبا وتقاصا صح لأن شراء ما باع بأقل مما باع بعد التعيب صحيح وإن اختار
التضمين بمثله فتقاصا لم يصح ما لم يقبضه لما مر ولو قبضه المسلم إليه فغصبه رب
السلم فتقاصا لم يجز لأنه لو أخذه برضا المسلم إليه وتراضيا أن يكون ذلك قصاصا
بكر السلم لا يصح فهنا أولى وكذا لو غصبه أجنبي من المسلم إليه أو أودعه أجنبيا
وأحال على الغاصب أو على المودع رب السلم لم يجز لقيامهما مقام المحيل ولو تعيب عند
الغاصب أو المودع قبل الحوالة صح كما لو قبضه من المسلم إليه بعد التعيب والله أعلم

باب المتفرقات صح بيع الكلب عندنا وضمن متلفه سواء كان معلما
أو غير معلم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح بيع الكلب العقور لأنه لا ينتفع به

فصار كبيع الهوام المؤذية. وعند الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح بيع الكلب أصلاً لنهيه
عليه السلام عن بيع الكلب، وقال عليه السلام إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب
ولأن سؤره نجس فيحرم بيعه كالخنزير. وعكسه الشاة وهذا لأن نجاسة السؤر
لنجاسة العين وعلى العين أنه هوانه وجواز بيعه دليل عزته وهذان متنافيان
فلا يجتمعان. ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه السلام نهى عن بيع
الكلب إلا كلب صيد أو ماشية. وعن ابن عمر رضي الله عنه أنه عليه السلام قضى
في كلب بأربعين درهماً فدل أن بيعه جائز وإتلافه مضمون. ولأنه مال متقوم
آلة للاصطياد فصح بيعه كالبازي. وهذا لأنه غيرنا خلق لمصالحنا تجري فيه
الشح فكان مالاً وأبيح الانتفاع به شرعاً حراسة واصطياداً فكان متقوماً.
بخلاف المؤذية لأنه لا ينتفع بها ومرويه محمول على ابتداء الإسلام حين
كان يأمر بقتل الكلاب فقطعاً لهم عما ألفوه من مصاحبتها فلما تركوا الإلف
سقط ما ثبت تغليظاً ونجاسة عينية ممنوعة إذ يحل الانتفاع بجلده كما مر.
ولئن سلم فيحرم الأكل دون البيع. وصح بيع الفهد والسباع والطيور لأنها
أموال متقومة. وخطة من هذه الدار إن علمه البائع والمشتري. وإن لم يعلما عقداه
لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله للجهالة، وعنه أنه يصح وإن لم يعلماه وهو قول
أبي يوسف رحمه الله لأن هذه جهالة لا تفضي إلى النزاع لرضاهما بها. وعنه
أنه يشترط علم المشتري فقط وهو قول محمد رحمه الله لأن ما يصير له مجهول وما يصير
للبائع معلوم. ودار بطريقها لأنه يقع على طريقها الخاصة. وعند زفر رحمه الله لا يقع
لأنه يقع على طرف العامة. ودهن نجس بأن وقعت فيه نجاسة لأنه نجس مجاور فصح بيعه
كثوب نجس. وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لأنه مائع نجس كالدم. وبر
على أن يوفيه في بلده الذي عقدا فيه في منزله لأنه بيع بشرط التسليم فصح لأن العقد
يوجبه. وعند محمد رحمه الله لا يصح لأنه بيع وشرط. والذمي كالمسلم في البيوع
في الخمر والخنزير لقوله عليه السلام إذا بذلوا الجزية فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين. ولأنه مكلف محتاج كالمسلم فاستويا في مباشرة العقود التي هي وسيلة
إلى إقامة التكاليف إلا في الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم عليهما كعقدنا على الخل
والشاة لأنهم يعتقدون إباحة الانتفاع بهما وقد أمرنا بتركهم وما يدينون.
ولذا قال عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها. ولو اشترى عبداً
مسلماً أو مصحفاً صح ويجبر على بيعه من مسلم. وقال الشافعي رحمه الله يبطل بيعه
لأنه لو صح لأقر عليه كالمسلم. ولنا أنه ملك بيعه فملك شراءه كالمسلم. القبض
بحكم البيع يشبه البيع من حيث أنه يفيد ملك التصرف فما حرم البيع حرم القبض
كالمسلم في الخمر إلا إذا تخللت. وقال زفر رحمه الله لما ارتفع العقد بالإسلام

لا يعود

لا يعود إلى الجواز بالتخلل. ولنا أن البيع صح حين وقع وإنما عرض ما يوجب الفساد
ولكنه ارتفع بالتخلل قبل التعرض فصار كزوال الجهالة في الأجل قبل حلوله والإحرام
في حق الصيد بأن اشترى مسلم من مسلم صيداً ولم يقبضه حتى أحرم أحدهما
فسد البيع. والعاقد الوكيل كالأصيل فإن أسلم الموكل وأحرم الموكل لا يفسد
عند أبي حنيفة رحمه الله لأن التوكيل فيه يصح فالبقاء أحق. وعندهما يبطل كالا بتداء
مجوسي باع ما خنق أو ذبح أو جرح أو وقذ من مجوسي صح عند أبي يوسف رحمه الله
لأنها ذكية عندهم. وعند محمد رحمه الله لا يصح لأنها ميتة ولا قيمة لها عند أحد.
ومن قال لآخر بع دارك من زيد بألف على أني ضامن مائة سوى الألف فباع صح بالألف
ولا يجب على الضامن شيء. وإن زاد من الثمن بأن قال بع دارك من زيد بألف على أني ضامن
لك مائة من الثمن سوى الألف فباع صح بألف ولا يجب على الضامن شيء. وإن زاد من الثمن
بأن قال بع دارك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة من الثمن سوى الألف فباعه
فالألف على زيد والمائة على الضامن. وهذا بناء على أن الزيادة في الثمن والمثمن من العاقدين
يصح عندنا وتلتحق بأصل العقد لأن العقد ورد ابتداء على الأصل والزيادة كما مر
على أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله. ولهذا لا يصح إيجابه على الأجنبي لأنه لا يستفيد
بإزائه مالاً. فأما فضول الثمن فيستغنى عنه حتى تصح الزيادة من الأجنبي كما تصح
من المشتري إذ لا يسلم لهما شيء إذ البضع عند الخروج غير متقوم لكن من شرطها المقابلة
تسمية وصورة حتى يجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة. فإذا قال من
الثمن فقد جعل المائة بمقابلة المبيع صورة فوجد شرطها فيصح. وإذا لم يقل من الثمن
لم توجد المقابلة صورة ولا معنى فلم يوجد شرطها فلا يصح ويبقى التزام المال ابتداء
رشوة وهي ح
كبيع دار من غيره وهو حرام. ولا يظهر في حق الشفعة والمرابحة حتى إذا أخذ
البائع الألف من المشتري لا يحبس المبيع لأجل المائة ويرابح على الألف لأنه قام عليه به
ويأخذ الشفيع بالألف لأنه إنما يأخذ بثمن يجب على المشتري وهو ألف. ولو ضمن الزيادة
بأمر المشتري ظهرت فيها فللبائع أن يحبس لاستيفاء الزيادة ويأخذ الشفيع بألف
ومائة ويرابح على ألف ومائة. ويطالب الضامن فقط بالزيادة ويرجع إن أدى لأن
المشتري متى أمر بالزيادة قبل الشراء صار وكيلاً من جهته في حق الزيادة. وحقوق
العقد ترجع على الوكيل لا إلى الموكل وإذا أدى رجع به على المشتري كالوكيل بالشراء
إذا نقد الثمن من مال نفسه. وإذا تقايلا أو رد بعيب رجع الزائد بما زاد. وإن زاد بعد
البيع بأمره يلزم المشتري دونه لأنه بمنزلة الرسول لحاجته إلى الإضافة كالوكيل
بالنكاح. وإن أضاف إلى نفسه أو ضمن طولب بالضمان ورجع على الآمر كالوكيل بالنكاح
وإن زاد بلا أمره طولب لو ضمن أو أضاف ولا يرجع. وإن لم يضمن ولم يضف توقف
على إجازته. صالح أجنبي عن عيب مع المشتري بلا أمر البائع صح لأنه لا يجب به شيء

بل يسقط ما كان للمشتري كما في الخلع • ووطء الزوج المشتراة قبض لا عقده • حتى لو اشترى
أمة ولم يقبضها حتى زوجها صاحبها فوطئها فالنكاح صحيح لأنها صارت مملوكة له بنفس
الشراء والملك مطلق للتصرف • وكان القياس جواز بيعها إلا أنه امتنع للغرور فالنكاح
لا يبطل به • ولهذا لا يصح بيع الآبق وصح تزويج الآبقة • ووطؤه قبض من المشتري • لأن الوطء
استيلاء على المحل وقد فعل الزوج ذلك بتسليط المشتري فصار بمنزلة فعل المشتري
بنفسه • وإن لم يطأها المشتري فليس بقبض • والقياس أن يصير قابضا بنفس النكاح
لأن النكاح تعييب حكمي • حتى لو اشترى أمة فوجدها ذات زوج له ردها فيعتبر بالتعييب
الحقيقي • وجه الاستحسان أن الوطء فعل حسي كالقبض فيعمل عمله ولا كذلك
النكاح لأنه حكمي • وقوله في الهداية أن الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ينتقض
بالتدبير فإنه يصير به قابضا وليس فيه معنى الاستيلاء على المحل • ويجاب بأنه إتلاف من وجه
ومن اشترى عبدا وغاب المشتري قبل أن يقبض العبد وينقد الثمن فبرهن البائع عند
القاضي أن هذا العبد كان له باعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن وطلب من القاضي
أن يبيعه بدينه • فإن غاب المشتري غيبة معروفة لم يبع القاضي في دين البائع
لأنه يتوصل إلى حقه بدون البيع بالذهاب إلى مكان المشتري فلا حاجة إلى بيعه وفيه
إبطال حق المشتري • وإن غاب غيبة لم يدر أين هو باع القاضي العبد في دين البائع
وأعطى الثمن إذا أقام البائع بينة على ما ادعى • لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على
وجه أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب مشغولا بحق البائع ولا يقدر
البائع أن يصل إلى حقه فاحتيج إلى بيعه إحياء لحقه كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات
مفلسا ولم يقبض المبيع بخلاف ما بعد القبض لأنه لم يبق حقه متعلقا به • ثم إن كان الثمن
الثاني أكثر من الثمن الأول يمسك الفضل للمشتري حتى يحضر لأنه بدل حقه وإن كان
أنقص من الثمن الأول يرجع البائع على المشتري إذا ظفر به • فإن كان المشتري اثنين
وغاب أحد المشتريين فللحاضر أن يدفع كل الثمن ويقبض العبد • فإذا حضر الآخر
له أن يحبسه حتى يعطيه ما نقد من الثمن من حصته • وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله إذا نقد الحاضر الثمن كله لم يأخذ إلا نصيبه من العبد
وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه لأن الحاضر يقضي دين الغائب بغير أمره فلا
يرجع عليه والحاضر أجنبي عن نصيب الغائب فلا يقبض نصيبه • ولهما أن الحاضر
مضطر إلى أداء كل الثمن لأن للبائع حق حبس كل المبيع إلى أن يستوفي كل الثمن
فصار مضطرا في أداء حصة صاحبه من الثمن فكان له ولاية أداء نصيب صاحبه
من الثمن كي يصل إلى قبض حقه من المبيع فاعتبر الحاضر وكيلا عن صاحبه لا متبرعا •
إذ لا يكون متبرعا مع الضرورة كمعير الرهن فإنه يرجع بما أدى لكونه مضطرا في تخليص
ملكه • وإذا كان له أن يرجع عليه كان له ولاية الحبس عنه إلى أن يستوفي حقه •

كالوكيل

كالوكيل بالشراء إذا أدى الثمن من مال نفسه • ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة
فهما نصفان فيجب خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة لأنه أضاف الألف
إليهما ولا رجحان لأحدهما على الآخر فاستويا • وإن قال بألف من الدراهم والدنانير
فعليه خمسمائة دينار من المثاقيل وخمسمائة درهم وزن سبعة لأنه أضاف الألف
إليهما فانصرف إلى الوزن المعهود في كل فرد منهما • ومن له على آخر دراهم جياد فقضاها
زيوفا وهو لا يعلم فأنفقها أو هلكت ثم علم فليس عليه شيء وقد تم استيفاؤه عند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وقال أبو يوسف رحمه الله يرد القابض عليه مثل زيوفه
ويرجع عليه بالجياد لأن حق رب الدين مرعي في صفته كما في قدره • ولهذا
لو كان المقبوض قائما له أن يرده ويرجع بمثل حقه • ولو قبض دون حقه قدرا لم
يسقط حقه في المطالبة بالباقي فكذا إذا قبض دون حقه وصفا • إلا أنه تعذر تضمين
الوصف لأنه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها ولأنه يؤدي إلى الربا فيصار إلى رد مثل
المقبوض والمطالبة بالجياد إحياء لحقه في الجودة • ولهما أن المقبوض من جنس حقه • حتى لو
تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لكان استبدالا ببدل الصرف
والسلم وهو حرام فوقع به الاستيفاء • وإنما بقي حقه في جودة لا قيمة لها كما مر ولا يمكن
تداركها بضمان الأصل • لأن القضاء بالضمان على القابض حقا له ممتنع • أفرخ طير أو باض
أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه لا لرب الأرض لأنه مباح سبقت إليه يد الآخذ
فكان أحق به ولأنه صيد • قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم
ورماحكم يعني البيض والفراخ • وقال عليه السلام الصيد لمن أخذه • ولهذا يجب الجزاء
على المحرم بكسره وشيه • وهذا إذا لم يهيئ رب الأرض أرضه لذلك اصطيادا إذ الحكم
لا يضاف إلى شيء يصلح سببا إلا بالقصد لذلك ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعلق
بها صيد أو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ولم يلفه
ولم يكن مستعدا له فإنه لا يملكه كذا هذا • فإن هيأها له فجميع ذلك لرب الأرض
لأنه صار آخذا له حكما فيعتبر بالآخذ حسا • فإن قيل أليس أنه إذا عسل النحل في أرضه
فإن العسل يكون لرب الأرض وإن لم يعدها لذلك • قلنا الفرخ والبيض صيد لأنهما
لا يؤخذان إلا بحيلة إما في الحال وإما في المآل وهما بهذه الصفة • وكذا المتكسر لأن جناحه
للرواح والانفلات بالاختيار ثابت والصيد لمن أخذه والعسل ليس بصيد بل هو من أنزال
الأرض وقد صار قائما بأرضه فيكون تابعا لها كشجر نبت في أرضه وطين أو تراب
تجمع في أرضه بجريان الماء فإنه يكون ملكا لرب الأرض وإن لم تكن الأرض معدة
لذلك • القبضان إذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر لأن التجانس دليل التشابه والمتشابهان
ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه • وإذا تغايرا ناب الأعلى عن الأدنى لأن في الأعلى ما
في الأدنى وزيادة فوجد القبض المحتاج إليه وزيادة • ولا ينوب الأعلا لأن الأدنى [illegible]

نقض الاعلى والمحتاج اليه كله وقبض الغصب يجانس قبض الشراء لانه يفيد ملك الرقبة
عند اداء الضمان وقبض الشراء يفيد ملك التصرف بخلاف قبض الوديعة والرهن لانه
لا يفيد الملك اصلاً. غصب عبداً واشتراه صار قابضاً بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديده
ولو كان وديعة او رهناً لا. حتى يتمكن من قبضه بعده وثمنه في الهلاك
والحبس بالثمن والافتراق في الصرف والمقبوض بعقد فاسد وبخيار البايع كالغصب
لانه مضمون بالقيمة. وبخيار المشتري كالرهن لانه مضمون بالثمن. تقابضا فتقابضا
فتقايلا واشترى احدهما ما اقال صار قابضاً بنفس العقد. لان العرضين قايمان
فكان كل واحد مضموناً بقيمة نفسه كالمغصوب. ولو هلك احدهما لا. اي لو هلك
احدهما فتقايلا ثم جدد العقد في القايم لا يصير قابضاً بنفس العقد لانه مضمون
بقيمة العرض فشابه المرهون. ولو اشترى ابريق فضة بدينار وتقابضا فزاد في الدينار
شرط قبض الزيادة دون الابريق لانها تلتحق بالعقد فمن حيث انها تثبت في الحال
شرط قبضها. ومن حيث الالتحاق لا يشترط قبض الاصل. ولو لم يزد لكن جدد العقد
باكثر من الثمن الاول فلا بد من قبض الابريق والثمن الثاني. لان التجديد لا يصح الا بعد
انفساخ العقد الاول والمبيع مضمون في يده بالثمن في العقد الاول فلا ينوب عن قبض
المستحق. باع عبده الغايب من طفله صح كما لو باعه من اجنبي والنهي عن الابق
لا يتناوله اذ العود هو الظاهر هنا. وجدد قبضه حتى لو مات قبل ان يرجع مات على الاب
لانه لم يكن في يده مضموناً. ولو وهب عبده الغايب منه او وهب الوديعة من المودع
لا يحتاج الى تجديد القبض لان القبض الواجب بالهبة ينوب عنه كل قبض. فان بلغ الصبي
وعاد فقبض العبد الى الابن بخلاف غيره. والفرق ان في شراء الوالدين نفسه حقوق
العقد من جانب الصغير لا يرجع الى الاب لئلا يؤدي الى التنافي فترجع الحقوق الى
الصغير كان الصغير باشر بنفسه وصار الاب كالرسول. الا انه يستنوب في ذلك
بولاية الابوة لعجز الصغير. وبالبلوغ زال العجز وانقطعت الولاية فعاد الى الاصل
وفي شراء الوالد من غيره حقوق العقد من جانب الصغير يرجع الى الوالد بحكم عقده
لان حقوق العقد من الطرف الاخر لا ترجع الى الوالد فلا تؤدي الى التنافي فصار الاب
كالوكيل. صح ايداع المغصوب واجارته من غاصبه كما صح البيع منه وبرئ عن الضمان
وصح اعارته منه ولم يبرأ حتى ينتفع. لان العارية هبة المنفعة فلا توجب الملك بلا قبض
فاذا صار قابضاً بالاستعمال برئ عن الضمان بخلاف الوديعة لانها عقد على العين
وبخلاف الاجارة لانه كما فرغ يجب شيء من الاجرة فينافي ضمان العين لانهما
لا يجتمعان. وصح امره ببيعه وبرئ بتسليمه لانه لا ينافي الضمان كالوكيل بالبيع
اذا استخدم العبد. وصح توكل الغاصب وتوكيله بشرايه وصار قابضاً بالعقد
اي الغاصب اذا توكل بشراء المغصوب لانسان صح وصار قابضاً بنفس العقد.

حتى لو هلك

حتى لو هلك يهلك على الامر. وكذا لو وكل الغاصب رجلاً بشرايه من مالكه فاشتراه
صح وصار قابضاً حتى لو هلك يجب الثمن على المشتري لان الحقوق ترجع اليه ويرجع على الغاصب
لانه وكيله. صح هبة ما اقال من مشتريه وبقيت اقالته. اي لو اشترى عبداً وتقابضا
ثم تقايلا ثم وهبه للمشتري صح وصار قابضاً. ولا تبطل الاقالة لما ياتي بعدها. وصح
هبة عبد ابق من مودعه له وصار قابضاً لانه في يده حكماً. لا لمغصوب. اي لو غصب رجل
من المودع فوهب رب الوديعة للمودع لا يصح لانقطاع يده. وصح اجارة الرهن من مرتهنه
لبقاء المنافع على ملكه ولا يصير قابضاً. لان قبض الاجارة اقوى من قبض الرهن لانه تمام
من الجانبين بخلاف الرهن. فاذا تمكن من قبضه بطل لمنافاة بين الدين. وصح بيعه
واعارته وهبته منه لوجود المطلق لهذه التصرفات. ولا تصح هبة المبيع من بايعه ويبطل
البيع. لان الهبة لو صحت ابتداء لبطلت انتهاء. لانها لو صحت لصار البايع قابضاً بنفس القبول
فيفوت القبض المستحق بالبيع فتبطل الهبة بناء عليه فجعلت مجازاً عن الاقالة. بخلاف
ما لو اشترى عبداً او تقابضا وتقايلا فوهبه المشتري حيث لا تبطل الاقالة لانها فسخ
في حق المتعاقدين فيعود الى البايع بقديم ملكه ويجعل كانه لم يجر بينهما بيع ووقع
العبد في يد المشتري بسبب من الاسباب فوهبه البايع له. ولا يصح بيعه واجارته
من بايعه قبل القبض. اما البيع فظاهر وكذا الاجارة اعتباراً لبيع المنفعة وهبتها
ببيع العين رهنها واستعمال البايع المبيع في عمل مشتريه بامره قبض. اي لو قال المشتري
للبايع قل للعبد يعمل لي كذا فامره فعمل صار المشتري قابضاً. لان البايع صار رسول
المشتري ولسان الرسول لسان المرسل فكان المشتري قال للعبد اعمل لي كذا. ولو قال
المشتري ذلك وعمل العبد صار قابضاً كذا هنا. ولهذا لو امر عبد غيره بعمل فعمل
وعطب ضمن كما لو قبض. اشترى ارضاً ونخلاً بثمن فاثمر قبل قبضه مثل الثمن
اخذ الكل بالثمن ولم يفسد العقد لانه كالموجود عند العقد حكماً لا حقيقة فلم يفسد
العقد بالشك فلو اكله البايع سقط قسطه من الثمن لانه صار مقصوداً بالاستهلاك
وان قبض الكل قسم الثمن اثلاثاً ان استوين يعتبر قيمة الارض والنخل يوم العقد وقيمة
الثمر يوم القبض لان الثمر تبع للارض. وعند ابي يوسف رحمه الله ارباعاً لانه تبع النخل
لقيامه به وتولده منه فيقسم الثمن على الارض والنخل نصفين فما اصاب النخل يقسم بينهما.
ولو قضى الثمن من الثمر الحادث بعد القبض صح لانه التحق بساير املاكه بالقبض وتصدق
المشتري بالفضل لانه لو كان موجوداً وقت العقد لكان ربا حقيقة. فاذا كان
موجوداً وقت القبض فله شبهة بالعقد فتمكن شبهة الربو. ولو قضى الثمن منه قبل القبض لم
يصح لانه استبدال بالمبيع قبل القبض. ولو اشترى نخلة يملك ما تحتها من الارض عند محمد
رحمه الله تعالى كما في الاقرار والقسمة. لان النخل اسم للمستقر لانه بدون القرار جذع
او حطب ولا قرار بدون الارض وصار كما لو اشتراها للقرار. وعند ابي يوسف رحمه الله

لا يدخل في البيع شيء من الارض لان النخل تبع للارض فلا يستتبع الاصل • وصار كما لو اشتراها
بشرط القطع • والمختار قول محمد رحمه الله • فان اشتراها بثمن هاوجد البايع الثمن
وتعيب المبيع خير المشتري بين الاخذ والترك لتعيب المبيع قبل القبض وان لم يتعيب
قبضهما • فان وجد باحدهما عيبا رده خاصة لان العبرة في الرد بالعيب لحالة القبض والبعض
رده وهو منفصل • وان قبضهما المشتري وجد فوجد باحدهما عيبا فان تعيب بالجد
لم يرد لحدوث العيب عند المشتري وان لم يتعيب ردهما او امسكهما لان القبض
وجد وهو متصل • وكذا الحكم في الشاة وصوفها ولبنها وولدها والجلب والولادة بعد قبضها
يمنع الرد وان رضي لانه حق الشرع كالصوف والثمر الحادث بعده • قطعت يد المبيع
قبل قبضه لمشتريه اخذه واتباع الجاني بالارش وتصدق بما زاد على نصف ثمنه ان قبضه
من جنسه لشبهة الربو • واختياره اتباعه كقبضه والتوى على المشتري وصح الاستبدال
به لو صرفا • وهذا عند ابي يوسف • وعند محمد رحمه الله لا يكون اختياره اتباعه
كالقبض والتوى على البايع ويبطل الاستبدال به • اصله مسئلة الصوف وهي
ان من اشترى قلب فضة بدينار وسلم الدينار ولم يقبض القلب حتى اخرقه رجل واختار
المشتري امضاء العقد وتضمين الجاني وافترقا قبل قبض الضمان فعند ابي يوسف
رحمه الله لا يبطل العقد • وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله كذلك • وعند محمد رحمه الله
يبطل لانه بالاختيار قامت القيمة مقام العين فلا بد من قبضها كما في العين • ولهما
ان القيمة لما قامت مقام العين صارت بدل المتلف كبدل المشتري فصار اتباعه كاتلافه بنفسه
وهذا لان الضامن لما قام مقام المالك في ملك المضمون باداء الضمان صار اتلافه كاتلاف
المشتري ايضا وصار كان المشتري اتلفه بنفسه • مبيع جنى قبل قبضه اخذه مشتريه
ودفع بالجناية او فداه وان شاء تركه فدفعه بايعه او فداه • وكذا لو كان لاحدهما
خيار • ولو قبض فجنى بايعه عليه والخيار لمشتريه لزم البيع بكل الثمن لان جنايته بعد
القبض كجناية الاجنبي وهي تلزم البيع او تمنع الرد • وقال ابو يوسف رحمه الله لا تمنع
تلزم البيع لان البايع لا يتمكن من ابطال خيار المشتري قولا فكذا فعلا • ولو اشترى
عبدا ما نا فقتل عند البايع قتيلين خطاء ورضي المشتري باحدهما وقبض فعلم بالاخر
رده لعدم الرضى بالاخر وخير بايعه بين الدفع والفداء لوروده بنقضائه • لانه فسخ
من كل وجه فعاد اليه قديم ملكه • وبعد قضائه صار مختار الفداء • لانه عقد
جديد في حق الثالث وولي الجناية ثالثهما • فان فدى من الاول ثم علم بالثاني رده ان شاء
ولا شيء له اي لا يرجع بما فدى لانه باختياره فكان متبرعا كما لو داوى ثم علم
بعيب او دفع نصفه او فدى نصفه • لان الواجب هو الدفع بالجنايتين فيثبت
لكل ولي الحق في النصف • وان دفع المشتري العبد بالجناية الاولى بحكم او بغيره
فعلم بالثانية يسترد نصفه ويدفعه الى ولي الجناية الثانية او يفديه • لانه ظهر ان

الواجب

الواجب كان دفع النصف • وان جنى عند بايعه ثم عند مشتريه وفدى المشتري
من الجناية الثانية رده على البايع لتحقق شرط الرد وهو رده كما خرج عن ملكه او
اخذه بالجنايتين ورجع بنقصانه لانه تعذر الرد بالجناية الثانية لانه منه • وان فداه
البايع اقبله بالجناية الثانية ولا دافع النقصان لا يجبر المشتري عليه • لانه لو رده لصار
مختارا للفداء المستضر به بخلاف ما لو تعيب عنده • لانه لا يتضرر بالرد • ولو غاب
بايعه وحضر ولي الجنايتين ودفع المشتري او فدى لا يرجع على البايع لانه طهر ملكه
ولو جنى عند المشتري ووجد به اصبع زائدة فدى ورد بالعيب او دفع ولا يرجع بشيء
لانه تعذر الرد منه • باع عبده بالخيار ثلاثا وسلمه فادعى احدهما بعد الثلاث موته
في الثلاث وبطلان البيع • والاخر اباقه وابرام البيع فالقول والبينة للثاني • لان
الحيوة اصل وبينته اكثر بيانا لانها تثبت الملك للمشتري في المشترى بعد ما
كان للبايع والثمن ولزوم العقد والبراءة عن ضمان القيمة • وبينة الاول تثبت له
ضمان القيمة • ولو اتفقا بعد الثلاث على موته واختلفا في وقته فان ادعى احدهما
انه في الثلاث والاخر بعده فالقول لمدعيه في الثلاث لان الحال يدل على ما قبله
والبينة للاخر لانها تثبت امرا حادثا وهو لزوم العقد • ولو ادعى احدهما موته بعد
الثلاث واجازة البايع في الثلاث والاخر موته في الثلاث ونقض البايع قبل موته او ادعى
احدهما موته في الثلاث واجازته قبل موته • والاخر موته بعد ونقضه فيه او كانا
بالخيار وقبضه واختلفا فالقول للناقض لانه ينكر ضمان الثمن ولزوم العقد والبينة
للمجيز لانها اكثر اثباتا لانها تثبت لزوم العقد وضمان الثمن • ولو اختلفا بعد الثلاث
في النقض والاجازة والخيار لاحدهما والعبد في يد المشتري فالقول للمجيز لان كونه في النقض
في يده بعد الثلاث يستدعي جواز العقد فكان متمسكا بالاصل • والبينة للناقض
لانه يدعي امرا حادثا • ولو اختلفا هكذا في الثلاث فالقول لمن له الخيار لانه يدعي ما يملك
انشاءه والبينة للاخر لان من له الخيار يثبت شيئا في يده ومن لا خيار له يثبت شيئا ليس
في يده فكانا كالخارج مع ذي اليد • ولو زادت قيمته عند المشتري والخيار لبايعه
واختلفا بعد الثلاث فبرهن احدهما على الاخر او على اجنبي انه قتله خطاء بعد الزيادة
في الثلاث والاخر عليه او على اجنبي انه قتله خطاء بعد الثلاث فالبينة للبايع لانه
اسبق ولا يترجح بينة المشتري على البايع شيئا لانه اذا اقبله في الثلاث والخيار له يعتبر
قابلا عند نفسه فلم يلزمه شيء فلم يستويا في الاثبات حتى يرجح بالسبق • وان برهن
البايع على اجنبي بعد الزيادة انه غصبه من المشتري ومات عنده في الثلاث وبرهن انه
غصبه في الثلاث ومات عنده بعد الثلاث فالبينة لمشتريه لان الغصب في مدة
الخيار لا ينقض البيع فالمشتري يدعي الموت بعد الثلاث وهو يوجب لزوم العقد
وضمان الثمن وهما حادثان والبايع ينفيهما • وبعكسه البينة للبايع لانها تثبت لزوم البيع

وضمان الثمن وهما حادثان. أسلم في رطب فأخذ مثله تمرًا أو بالعكس صح عند أبي حنيفة
رحمه الله نظرًا إلى التساوي في الحال، وعندهما لا يصح نظرًا إلى التفاوت في المآل. ولو
أخذ دقيقًا أو سويقًا أو مقليًا بالبر أو دقيقًا بسويق أو بالعكس لا يصح لاختلاف الجنس
فكان استبدالًا. والأجل المطلق من حين قبض العين حتى لو باع شيئًا بثمن مؤجل
إلى سنة فمنعه البائع حتى مضت فأجله سنة مستقبلة من حين قبض المبيع لأن
التأجيل للترفيه وذا إنما يكون عند التضييق بتوجه المطالبة ولا مطالبة قبل القبض
وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا أجل له بعد السنة وقد مضت. ولو
قال الثمن زيفًا لم يعد جنس المبيع حتى إذا استلم الثمن وقبض المبيع ثم وجد البائع كله
زيوفًا فرده ليس له أن يسترد المبيع لأنه من جنس حقه بدليل التجوز، وعند زفر رحمه الله
يسترد المبيع ويحبسه بالثمن لأن حقه الجيد لا الزيف

كتاب الصرف

هو بيع بعض الأثمان ببعض، أي بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر
سمي به لأنه يحتاج فيه إلى نقل بدليه من يد إلى يد، والصرف هو النقل والرد لغة. قال الله تعالى
ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم. ولأنه عقد يرد على مال يقصد به ذاته بل يبتغى به الفضل
بطريق التوسل، والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ابن أحمد ومنه سمي التطوع
صرفًا لأنه فضل على الفرائض. قال عليه السلام من انتمى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه
صرفًا ولا عدلًا. أي لا تطوعًا ولا فرضًا. والأموال أنواع: نوع ثمن بكل حال كالنقدين
صحبه الباء أو لا قوبلت بجنسها أو بغيرها. ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب
والمماليك. ونوع ثمن بوجه مبيع بوجه كالمكيل والموزون فإنه إذا كان معينًا في
العقد كان مبيعًا وإن لم يكن معينًا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن. ونوع ثمن
بالاصطلاح وهو سلعة في الأصل فإن كان رائجًا كان ثمنًا وإن كان كاسدًا كان
سلعة. وهذا لأن الثمن عند العرب ما يكون دينًا في الذمة قاله الفراء، والنقود
لا تستحق بالعقد إلا عينًا فكانت مبيعة، والمكيل والموزون يستحق عينًا بالعقد
تارة ودينًا أخرى فكان ثمنًا في حال مبيعًا في حال. ومن حكم الثمن لا يشترط وجوده في ملك
العاقد عند العقد ولا يبطل العقد فوات تسليمه وصح الاستبدال به، والمبيع بخلافه
فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وإلا شرط التقابض حتى لو باع فضة بفضة أو ذهبًا
بذهب لا يصح إلا مثلًا بمثل وإن اختلفا في الجودة والصياغة بما روينا في باب الربوا ولا بد
من قبض العوضين قبل الافتراق بما روينا ثمة، وبقول عمر رضي الله عنه الذهب
بالذهب مثلًا بمثل والورق بالورق مثلًا بمثل إلى قوله وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته
فلا تنظره إشارة إلى أن التقابض قبل الافتراق شرط. ولأنه لا بد من قبض أحدهما
لئلا يكون كالكالي بالكالي، وإذا شرط قبض أحدهما شرط قبضهما تحقيقًا للمساواة
بينهما وإلا يلزم الربوا. ولأن النقد خير من النسيئة لأنها على غرض التوى دونه أو لعدم

أولوية

أولوية أحدهما. وإن باع ذهبًا بفضة جاز التفاضل لعدم التجانس ووجب التقابض لقوله
عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد. وسواء كانا
يتعينان كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان في المعاوضات وفسوخهما كالمضروب أو يتعين
أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا، ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين
لكونه من جنس ما لا يتعين والذهب والفضة خلقا ثمنًا في الأصل فشرط التقابض إلحاقًا
للشبهة بالحقيقة في الربوا. وكان ينبغي أن يشترط مقرونًا بالعقد إلا أن حالة المجلس
تقام مقام حالة العقد تيسيرًا، فإذا وجد القبض في المجلس جعل كأنه وجد عند العقد
ولا نعني بالمجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يفترقا بالأبدان
حتى لو قاما ومشيا فرسخًا أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما ثم تقابضا قبل الافتراق صح العقد
لقول ابن عمر رضي الله عنه وإن وثب من سطح فثب معه، وكذا المعتبر ما ذكرنا
في قبض رأس مال السلم. بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض إذ التخيير تمليك
فيبطل بما يدل على الرد والقيام دليله. فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما
بطل العقد لفوات الشرط وهو التقابض، وهذا اللفظ يشير إلى أن القبض شرط
البقاء على الصحة لا شرط الصحة كما زعم البعض، ولهذا لا يصح شرط الخيار في هذا العقد
ولا شرط الأجل لأن الخيار يمنع القبض ما بقي الخيار، ولأن استحقاقه بناء على الملك
والخيار يمنع الملك، وبالأجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعًا إلا إذا أسقط الخيار
أو الأجل في المجلس فيعود إلى الجواز لزوال المفسد قبل تقرره. ولا يجوز التصرف في ثمن
الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارًا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها
ثوبًا فسد البيع في الثوب لأن القبض الواجب متعين في بدل الصرف والاستبدال
يفوت القبض المتعين. فإن قيل وجب أن لا يفسد البيع في الثوب لأن الدراهم والدنانير
لا تتعين في العقود عينًا كانت أو دينًا فانصرف العقد إلى مطلق الدراهم وهو المنقول
عن زفر رحمه الله. قلنا الثمن في الصرف مبيع إذ البيع لا بد له من المبيع ولا شيء سوى
الثمنين فجعل كل واحد منهما مبيعًا لعدم الأولوية. وبيع المبيع قبل القبض لا يصح
فإن قيل لو كان مبيعًا لكان متعينًا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون
متعينًا فالمسلم فيه مبيع غير متعين، ولأنه ليس بمبيع مطلقًا بل هو مبيع من وجه ثمن من
وجه وهو كاف لسلب الجواز إذ الشبهة كالحقيقة في الحرمات. وصح بيع الذهب
بالفضة مجازفة لاختلاف الجنس فلا تشترط المساواة ولكن يشترط التقابض في مرو
لا شراء الفضة بالفضة مجازفة لاشتراط المساواة عند التجانس وعند المجانسة بتوهم
الربوا فلا يعرف ما هو شرط الجواز فلا يجوز بالشك. ومن باع أمة مع طوق ألف مثقال
فضة بألفي مثقال نسيئة فسد في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله. أما في الصرف فلفوات
التقابض. وأما في الأمة فلأن المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث

أن قبول العقد في البعض شرط لقبوله في الباقي عندهما لا يفسد في الأمة لأن الفساد يتقدر بقدر المفسد عندهما. ولو باع أمة قيمتها ألف مثقال وفي عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال فضة بألفي مثقال فضة ونقد من الثمن ألف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الطوق لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس شرعا وقبض حصة الأمة غير واجب والتسليم مطلق فيجعل المنقود من حصة الطوق إذ لا معارضة بين الواجب وغيره والظاهر من حال العاقد المسلم أن يؤدي الواجب ولا يخل به. وكذا لو اشتراهما بألفي مثقال فضة ألف نسيئة وألف نقد والنقد ثمن الطوق لأن الشرع حرم التأجيل في بدل الصرف وأطلقه في بيع الأمة والظن بالمسلم أن لا يميل إلى الحرام. وكذا لو باع سيفا محلى وحليته خمسون بمائة درهم ودفع من الثمن خمسين صح البيع وكان المقبوض حصة الفضة وإن لم يبين ذلك لما مر. وكذا لو قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لأنه قد يعبر بالمثنى عن الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما لأنهما يخرجان من الملح لا من العذب وقال تعالى فنسيا حوتهما والناسي صاحب موسى عليه السلام بدليل قوله تعالى فإني نسيت الحوت وقال قد أجيبت دعوتكما والداعي كان موسى عليه السلام وقال عليه السلام إذا سافرتما فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حاله. ولو افترقا بلا قبض بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيه وقد فات شرطه وصح في السيف إن كان يتخلص بلا ضرر لأنه أمكن إفراده بالبيع وصار كالطوق والأمة وإن لم يتخلص إلا بضرر بطل في السيف أيضا لأنه لا يصح إفراده بالبيع كالجذع في السقف. وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه من الفضة فإن كانت مثله أو أقل منه لم يصح البيع للربا. وكذا إذا لم يدر بخلاف ما قال زفر رحمه الله لاحتمال الربا وجهة الفساد أكثر من جهة الجواز لأن الفساد يتحقق بالمساواة والنقصان والجواز يتحقق بالزيادة. ولو استوت الجهتان لترجحت جهة الفساد احتياطا فما ظنك إذا كانت جهة الفساد أكثر. ومن باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وصح فيما قبض وصار الإناء مشتركا بينهما لأنه صرف كله وقد وجد التقابض في البعض دون البعض فيصح فيما وجد شرطه ويبطل فيما لم يوجد شرطه والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق ولا عن قبض فلا يتعدى إلى ما بقي. ولا يقال إن فيه تفريق الصفقة لأن التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من العاقد فصار كهلاك أحد العبدين. وإن استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ ما بقي بقسطه وإن شاء رده لأن الشركة في الإناء عيب لأنه ينتقص بالتبعيض وقد ظهر أنه كان في يد البائع بخلاف ما مر لأن الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد كل الثمن. وإن باع قطعة نقرة فاستحق بعضها

أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لأن الشركة ليس بعيب فيها إذ لا تنتقص بالتبعيض. وصح بيع دينار ودرهم بدرهمين ودينارين وبيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بكري بر وشعير وجعل كل جنس بخلافه تصحيحا للعقد استحسانا. وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح قياسا لأن هذه صفقة اشتملت على بدلين مختلفين فوجب أن يكون الكل مقابلا بالكل على سبيل انقسام الأجزاء بالأجزاء بطريق الشيوع بأن ينقسم على بدلي هذا الجانب وعلى بدلين من ذلك الجانب وكذا كل بدل من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب. ومتى وجبت المقابلة هكذا جاء التفاضل ضرورة إذا الحنطة والشعير والدراهم والدنانير من أحد الجانبين أكثر فيتحقق الربا. وفي صرف الجنس إلى خلافه يغير تصرفه وإثبات مقابلة لا دليل عليها في لفظه. نعم فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف كما لو اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وإن أمكن تصحيح تصرفه بصرف كل الربح إلى الثوب. وكذا لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يصح في المشترى بألف لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه حتى يكون مشتريا بمثل ما باع. وكذا لو باع عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يصح وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده. وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا عن مجلس العقد قبل القبض بطل العقد في الدرهمين لأنه صرف في الدرهمين وإن أمكن تصحيحه بصرف الدرهم إلى الثوب والثوب إلى الدرهم ومع ذلك لم يصرف لأن كلامه واجب التصحيح على الوجه الذي باشره وهو إنما باشره على أن يكون الكل مقابلا بالكل لا على أن يكون الفرد مقابلا بالفرد. ولنا أن العقد يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه لأنها مقابلة معينة واللفظ مطلق غير متعرض لواحد منهما ولكن مع هذا يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وسائر وجوه المقابلة لا تقتضي الإطلاق ولكن لأن الذات لا تخلو عن وصف من الأوصاف كما عرف في الرقبة. ألا ترى أنه لو أتى بهذه المقابلة ثم قال على أن يكون الجنس بخلاف الجنس يصح ويصير الفرد مقابلا بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به. ولما كانت هذه المقابلة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب أن تحمل عليه تصحيحا للتصرف فيه ولهذا أوجب حمل كلامه على المجاز إذا لم يصح إلا بالحمل عليه. وبه تبين أنه ليس بتغيير لكلامه بل هو تعيين أحد المحتملين وإن كان فيه تغيير ففيه تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا أصله إذ موجبه الأصلي ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وهو باق بعده. ولهذا قوبل الفرد بالفرد بالجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين حتى لو قبض كل واحد منهما دينارا

يصح العقد فيه ولو قوبلت الاجزاء بالاجزاء لما صح لان المقبوض يكون مقابلا بالمقبوض وغير
المقبوض بغيره وصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف
الى نصيبه وان كان فيه تقييد كلامه تصحيحا لتصرفه وكذا لو باع عبدا بالف
درهم وفي البلد نقود مختلفة وبعضها اروج تحمل مطلق كلامه عليه تصحيحا لتصرفه
وان كان فيه تقييد كلامه بخلاف مسئلة المرابحة فكان ابطالا لتصرفه اصلا وفي
الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه لما امكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد الذي اشتراه
امكن تصحيحه ايضا بالالف وماية اليه واذا تعدد طريق الجواز لانا اذا صرفنا الدرهم
الى الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح ايضا قلنا نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم
يترجح احد وجوهه ولما ذكرناه رجحان لان العقد ورد باسم الدراهم فيجب ان يتحرى مع
بقاء اسم الدراهم اولى وفي الثالثة اضيف البيع الى غير المعين فلا ينعقد على المعين للتنافي
بينهما وغير المعين ليس بمحل للعقد وفي الرابعة وقع العقد صحيحا سواء كان
الجنس مقابلا بالجنس او بخلافه والفساد يجيء بعد الصحة بعارض الافتراق لا عن قبض
اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه للتصحيح وهو صحيح بدونه فان
قيل يصرف الجنس الى خلافه ليبقى صحيحا كما يصرف هنا لينعقد صحيحا قلنا
الفساد ثم موهوم لجواز ان يتقابضا في المجلس وهنا يتحقق وصح بيع احد عشر درهما بعشرة
دراهم ودينار لتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم تصحيحا للعقد ولو باع فضة
بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر يساوي فضل الطرف الآخر صح البيع بلا كراهة
وان كان لا يساوي صح مع الكراهة لانهما باشرا الحيلة فكان ربوا معنى وان كان مع
الاقل تراب او نحوه مما لا قيمة له لا يصح لوجود الربوا لخلو الفضل في الطرف الآخر
عن العوض وصح بيع درهم صحيح ودرهمي غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة للتساوي
في الوزن وسقوط اعتبار الجودة والغلة ما يأخذه التجار ويرده بيت المال ومن له على آخر
عشرة دراهم فباع من عليه العشرة دينارا بالعشرة التي عليه صح وان باعه بعشرة مطلقة
ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة صح ايضا والدين اللاحق كالدين السابق
وذلك ان يبيع دينارا بعشرة ثم تحدث لمشتري الدينار عشرة على بائع الدينار كان باع ثوبا
منه بعشرة وتقاصا فهذه ثلاثة فصول اما الاول وهو ما اذا اضاف العقد الى الدين
فانه يصح اجماعا اذ يجب بالعقد ثمن لا يجب بعينه ولا يجب به قبض معين وذلك صحيح
لان تعيين احد العوضين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للتفادي عن الربوا
ولا ربوا في دين سقط وانما الربوا في دين يقع الخطر في عاقبته بان يتوى عليه فيسلم المقبوض
عن التوى والآخر على خطر التوى فيتحقق الفضل ولهذا حرم بيع الدين بالدين ولو تصارفا
دراهم دينا بدينار دين صح لفوات الخطر في دين ثابت قبل البيع لانه يسقط بالبيع واما
الثاني وهو ما اذا اطلق البيع فانه وجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض المعين

احترازا

احترازا عن الربوا والدين ليس بهذه الصفة لانه لا يسقط والواجب بالعقد لا يسقط بل يجب
تعيينه فلهذا لم تقع المقاصة بنفس العقد لعدم التجانس فان تقاصا صح استحسانا ولم
يصح قياسا ولم يصح قياسا وهو قول زفر رحمه الله لانه لو صح التقاص فاما ان يصح مع
بقاء الصرف الاول وذا لا يجوز لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان مشتري الدراهم
يكون متملكا مكان بدل الصرف ما في ذمته او لا مع بقائه بل بانفساخ الاول وانعقاد الآخر
وانه يكون بطريق الاقتضاء وزفر رحمه الله لا يقول به ولنا انهما لما تقاصا ولا صحة
له الا بانفساخ الصرف الاول وانعقاد صرف آخر مضافا الى تلك العشرة اذ لولاه لكان
استبدالا ببدل الصرف كانا قاصدين له ضرورة والفسخ قد يثبت اقتضاء كما لو تبايعا
بالف ثم بالف وخمسماية فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني واما الثالث
وهو ما اذا احدث الدين بعد الصرف فان لم يتقاصا لم تقع المقاصة لانه لو كان موجودا لم
تقع فهنا احق وان تقاصا لا يصح في رواية لانه صرف بدين لحق وفي رواية يصح وهو
الاصح لان التقاص يتضمن فسخ الصرف الاول وانشاء صرف آخر فكان صرفا بدين سبق
وجوبه ومن احكم ما بيننا يتضح له ما ذكر في الزيادات في نظيره واذا كان الغالب
على الدراهم الفضة فهي دراهم وان كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر
فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد فلو باع بعضها ببعض او باعها بالخالصة
لا يصح الا متساويا وزنا وكذا لا يصح استقراضا الا وزنا لانها لا تخلو عن قليل الغش
اذ هي لا تنطبع بدونه وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي فيلحق الغش القليل بالرداءة
والجيد والردي سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير
اذ العبرة للغالب في الشرع وصح بيعهما بجنسهما متفاضلا ويصرف الجنس الى خلاف
الجنس ولكن يشترط التقابض لانه صرف لوجود الفضة من الطرفين واذا شرط القبض
في الفضة شرط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر ولم يفت مشايخنا رحمهم الله بالتفاضل
في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال وانا جوزنا في ديارنا فتفضي الى اباحتها الى فتح
باب الربوا وصح بيعها بالخالصة اي بالدراهم الجيدة ان زادت الخالصة وان كانت
مثلها او اقل او لم يدر لم يصح كما في السيف المحلى والتبايع والاستقراض بالوزن ان
كانت تروج وزنا وبالعدد ان كانت تروج عددا وان كانت تروج بهما فبكل واحد
منهما لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة ولا تتعين بالتعيين ما دامت تروج لانها اثمان
عند الرواج وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان قبلها البعض
دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان علم البايع
بحالها لوجود الرضى منه وبجنسها من الجياد وان لم يعلم لعدم الرضى منه والتساوي
كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش ولو باع بغالب
الغش او بفلوس نافقة صح وان لم يعين لانه ثمن بالاصطلاح فلو كسدت وترك

الناس

المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه قيمته
غالب الغش يوم البيع وقال محمد رحمه الله عليه قيمته آخر ما اعتاد الناس المعاملة به ولهما
أن العقد قد صح وإنما تعذر التسليم بالكساد لأنه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة
فصار كما لو اشترى بالرطب فانقطع أوانه وإذا بقي العقد عندهما وقد تعذر تسليمه
فيجب القيمة لكن أبا يوسف رحمه الله اعتبر يوم البيع لأنه المضمون بالبيع كالمغصوب فإنه
يعتبر قيمته يوم الغصب لأنه مضمون به واعتبر محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأن
موجبه رد ما انعقد به العقد والانتقال منه إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع
ولأبي حنيفة رحمه الله أن صفة الثمنية للفلوس بعارض الاصطلاح فإذا بطلت بالكساد
لم تبق ثمنا فيبقى المبيع بلا ثمن فيبطل وإذا بطل يجب رد المبيع إن كان قائما ورد
قيمته إن كان هالكا كما في البيع الفاسد وإن باع بفلس هو كاسد لم يجز البيع
حتى يعينه لأنه سلعة فلا بد من تعيينه ولو كسدت أفلس القرض يرد مثلها عند
أبي حنيفة رحمه الله لأنه إعارة وموجبها رد العين معنى ورد المثل والثمنية فضل فيه
إذ صحة استقراض الفلس لم تكن باعتبار صفة الثمنية بل لأنه مثلي وبالكساد
لم تخرج من أن تكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وعندهما يجب
قيمتها لأنه تعذر ردها كما قبض إذ المقبوض فلوس هي ثمن وقد بطلت صفة
الثمنية بالكساد فيجب رد قيمتها كما لو استقرض مثليا فانقطع المثل من أيدي الناس
لكن عند أبي يوسف رحمه الله يعتبر يوم القبض وعند محمد رحمه الله يوم الكساد
وعندهما يجب قيمتها لأنه تعذر ردها كما قبض إذ المقبوض فلوس هي ثمن وقد
بطلت صفة الثمنية بالكساد فيجب رد قيمتها كما مر وأصل الاختلاف فيمن غصب
مثليا فانقطع فعند أبي يوسف رحمه الله يعتبر قيمته يوم الغصب وعند محمد رحمه الله
يوم الانقطاع وقول محمد أنظر في حق المستقرض لأن قيمته يوم الاستقراض أكثر
ويوم الانقطاع أقل وكذا في حق المقرض بالنظر إلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى
وقول أبي يوسف رحمه الله أيسر لأن القيمة يوم القبض معلومة ويوم الكساد
لا تعرف إلا بحرج ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس أو بدرهمين فلوس
صح وعليه من الفلوس ما يباع بنصف درهم ونحوه وقال زفر رحمه الله لا يصح في الكل
لأن العقد تعلق بالفلوس لا بالدانق ونحوه فلا بد أن تكون معلومة القدر إذ الفلوس
تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم ولم يوجد فكان الثمن مجهولا ولنا أن المراد ما
يباع من الفلوس بنصف درهم أو بدانق أو بدراهم وهي معلومة عند الناس
إذ الكلام فيما كان عبارة عن قدر الفلوس كما يكون في بعض البلاد فإذا كان كذلك
صار كأنه صرح بقدر الفلوس فيصح العقد وقال محمد رحمه الله يصح فيما دون
الدرهم لا في الدرهم لأن الجواز في القليل بالعادة وإن كان القياس يأباه ولا عادة

في الكثير

في الكثير وإنما صح الجواز في الكل بالعرف ولو دفع إلى صيرفي درهما وقال أعطني بنصفه
درهم فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة صح لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم
وبنصف درهم إلا حبة ولو قال أعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا إلا حبة بطل
البيع في الكل على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لأن الفساد قوي فيشيع في الكل
كما هو مذهبه وعندهما صح البيع في الفلوس وبطل فيما بقي لأن بيع نصف درهم
بالفلوس صحيح وبيع الفلوس النصف بنصف إلا حبة فاسد للربو وإن قال أعطني
بنصفه فلوسا وأعطني بنصفه نصفا إلا حبة فجوابه كجوابهما في الأصح لتفرق الصفقة
بتكرر لفظة الإعطاء وفساد أحد البيعين لا يوجب فساد الآخر ولو زاد أو حط
بعد الصرف درهما فسد وصح الصرف أي لو باع قلب فضة وزنه عشرة بعشرة
دراهم وتقابضا ثم زاد في الثمن درهما صحت الزيادة وفسد الصرف وكذا
لو حط عن الثمن درهما صح الحط وفسد الصرف وقال أبو يوسف رحمه الله لا تصح
الزيادة والحط ويبقى العقد الأول على الصحة لأن في تصحيحهما إبطالهما فيبطلان وقال
محمد رحمه الله لا تصح الزيادة لما ذكرنا ويصح الحط ولا يفسد الصرف لأنه لا يلتحق
بأصل العقد بل يصير هبة مبتدأة كحط كل الثمن ولأبي حنيفة رحمه الله أنهما يملكان
إبطال العقد بالفسخ فأولى أن يملكا تغييره من الصحة إلى الفساد لأن إبطال الوصف
أهون من إبطال الأصل وعلى هذا الخلاف إذا باع عبدا بألف درهم ثم زاد في الثمن
رطلا من خمر أو دم الدراهم والدنانير لا يتعينان بالتعيين في عقود المعاوضات
وفسوخها وقال زفر رحمه الله والشافعي رحمه الله يتعينان حتى لو تصارفا
دراهم بدنانير ولم يكن عندهما ذلك فاستقرضا وأديا قبل أن يتفرقا جاز
عندنا ولو تصارفا فأديا فاستحق ما أعطيا فاستبدلا قبل الافتراق جاز عندنا
خلافا لهما لهما أن التعيين تصرف صدر من أهله مضافا إلى محله لأنها تتعين
في التبرعات والوكالات والمغصوب معدا في نفسه لأن للناس أغراضا في بعض الأعيان
فيصح كتعيين السلع ولنا أن حكم الشرع في جانب الأعيان أن يتعلق وجوب ملكها
بالبيع لا وجودها وحكم البيع في جانب الأثمان وجودها ووجوبها في الذمة بالبيع
فإذا صح التعيين انقلب الحكم شرطا وهو باطل والمعاوضات تخالف التبرعات
هذه للأسامي بالأعيان وتلك لالتزام الديون والتعيين لا يفيد إلا من حيث تعلق
الحكم بالقدر والوصف يتعين في حقهما أيضا والكلام في الاستحقاق حتى
لو اشترى بدراهم متعينة فحبسها ودفع مثلها لم يكن له أن يأبى ذلك عندنا ولو
استهلك حلي ذهب لإنسان فقضى القاضي عليه بقيمته من الدراهم اعتبارا للصياغة
وتحرزا عن الربى فافترقا بلا قبض صح ولا يبطل القضاء وعند زفر رحمه الله يبطل وكذا
لو استهلك دراهم غيره فضمن مثلها وأجله الطالب صح عندنا وعنده لا يصح

لأنه صرف فيبطل بالتأجيل والافتراق لا عن قبض ولنا أنه ضمان والضمان قائم مقام المضمون كأنه هو ولو قضى القاضي برد العين لا يشترط القبض ولا يبطل بالتأجيل كذا هنا وصح استقراض مثلي كعددي متقارب وكيلي ووزني لا غير مثلي كحيوان وثوب لأن القرض إعارة شرع لإطلاق الانتفاع بالعين غير أنه لا يمكن الانتفاع بالمكيل والموزون والعددي المتقارب إلا باستهلاك أعيانها فكانت المنفعة عائدة إلى ذاتها فقام المثل في الذمة مقام العين كأنه انتفع بالعين ورده وهذا إنما يتأتى في ذوات الأمثال ليمكن إيجاب المثل في الذمة لا في الحيوان والثياب لأنه لا مثل لهما استقرض كر بر وقبضه ملكه وعن أبي يوسف رحمه الله لا يملكه حتى يستهلكه لأن القرض إعارة إلا أن العين هنا قامت مقام المنفعة وهي لا تملك إلا باستهلاكها فكذا العين ولهما أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعة فلو باعه من مقرضه صح لأنه باع ملك نفسه ولو اشتراه من مقرضه لا يصح لأنه اشترى ملك نفسه وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله فإن اشترى ما عليه من الكر من مقرضه بمائة درهم صح لأنه متعذر التسليم لكونه في ذمته فإن تفرقا قبل قبض بدله فسد للافتراق عن دين بدين فإن نقد بدله في المجلس صح للافتراق عن عين بدين فلو نقد حتى صح ثم وجد بالكر عيبا لم يرده لأنه ملكه بالقرض وهو تبرع لا يقتضي السلامة عن العيب ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن لأن المبيع كر في الذمة وجد بدلا عن القرض والقرض معيب بالكر الذي وجد بدلا عنه يكون معيبا أيضا وقد تعذر رده لأنه كان في ذمته وسقط لما اشتراه عن ذمته فصار كما لو هلك المبيع ثم علم بعيب فإنه يرجع بنقصانه وإنما يعرف النقصان بأن يقوم الكر القرض غير معيب ويقوم به هذا العيب فيرجع بفضل ما بينهما ولو اشتراه بكر مثله لا يرجع أيضا لأنه ربو استقرض عشرة دراهم فاشتراها بدينار ونقد صح فلو وجد الدراهم زيوفا لا يردها ولا يرجع بالنقصان لأن من قبض من غريمه زيوفا مكان الجياد ثم علم بعد الاستهلاك لم يرجع بشيء وعند أبي يوسف رحمه الله يرد الزيوف ويرجع بالجياد لما مر فلو وجدها ولو وجدها رصاصا أو ستوقة ولم يتفرقا رده ورجع بالجياد أما الرد فلأنه عرض فلا يصح استقراضه وأما رجوع المستقرض على المقرض بالدراهم الجياد فلأن العقد وقع على دراهم جياد ولم يستوف وإن تفرقا بطل لعدم التقابض لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم بخلاف الزيوف ادعى عليه مثليا كالكيل والموزون والمعدود فاشتراه المدعى عليه بمائة درهم ودفع وتصادقا أن لا دين بطل لأنه تناول ما في الذمة والطعام يتعين بالتعيين وبالتصادق ظهر أنه باع المعدوم وإن كان المدعى نقدا كالدراهم والدنانير أو فلوسا وقبض الثمن وتصادقا في المجلس أن لا دين عليه لا يبطل لأن العقد لم يتعلق بعينها وإن تفرقا ثم تصادقا بطل في النقد لأنه صرف فيعتبر قبض البدلين

قبل الافتراق

قبل الافتراق لا في الفلوس لأنه ليس بصرف لأنها ليست بثمن مطلقا فيعتبر قبض أحد البدلين لا قبضهما وإن ملك دينه من غير من عليه الدين بطل إن لم يوكله بقبضه خلافا لمالك رحمه الله أنه مال يقبل التمليك منه فيقبله من غيره كالعين ولنا أنه ملك ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح بخلاف تمليكه منه لأنه في قبضه إلا إذا وكله بالقبض لأنه صار قادرا على استيفائه لقيامه مقام رب الدين وتم إبراؤه وهبته ممن عليه بلا قبول لأن هبة الدين وإبراءه إسقاط بخلاف هبة العين وارتد برده لا برد وارثه لأنه إسقاط فيه معنى التمليك لاشتماله على المالية وعدمها في حيث أنه إسقاط يتم بلا قبول كالطلاق ومن حيث أنه تمليك يرتد برده ويرده وارثه لا يرتد لأن الدين في ذمة المورث فلم يكن تمليكا للوارث ويرتد برده وقد فات رد الميت فلا يتصور أن يرتد وقال أبو يوسف رحمه الله الوارث قام مقام المورث فرده كرده

كتاب الكفالة

الكفالة لغة الضم ومنه قوله تعالى وكفلها زكريا أي ضمها إلى نفسه وقوله عليه السلام أنا وكافل اليتيم كهاتين أي ضام اليتيم إلى نفسه وشرعا ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين وهو قول الشافعي رحمه الله فيصير الدين الواحد دينين لأن الكفيل مطالب بالإيفاء والمطالبة بإيفاء الدين ولا دين محال إذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الأصل ولهذا لو وهب له صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح فظهر أن الدين وجب على الكفيل والأول أصح لأن الدين بقي في ذمة الأصيل كما كان خلافا لما يقوله مالك رحمه الله أن الأصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما في الحوالة فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لأن جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار إليه إلا عند الضرورة كما إذا وهب الكفيل فإنا جعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه في حكم دينين وقبله لا ضرورة ولا تصور لوجود المطالبة إلا بعد وجود أصل الدين فإما أن يكون واجبا على من عليه المطالبة لا محالة فلا ألا ترى أن الوكيل بالشراء مطالب بالثمن وأصل الثمن على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل من الثمن صح وركنها الإيجاب والقبول وشرط جوازها كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا تصح الكفالة بالحدود والقصاص لفوات شرطها إذ غير الجاني لا يؤخذ بجناية الجاني وأهلها أهل التبرع بأن كان حرا مكلفا فلا تصح من العبد والصبي وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل وتصح بالنفس والمضمون بها إحضار المكفول به وهو مذهب الشافعي رحمه الله وعنه لا تصح لأنه غير قادر على تسليم المكفول لأنه حر مثله لا ينقاد له بل يمانعه ويدافعه بخلاف الكفالة بالمال لقدرته على تسليم مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس وبالمال فيقتضي شرعيتها وعن الصحابة رضي الله عنهم أنهم جوزوا الكفالة بالنفس ولأنه يقدر على تسليمه ببيان موضعه للطالب لأن الكفيل يكون من معارفه ظاهرا والتخلية بينه وبين الطالب على وجه لا يقدر أن يمتنع عنه أو بالاستعانة بأعوان القاضي

على ان الظاهر انه انما يكفل نفس من يقدر على تسليمه وينقاد له في التسليم • وقد امكن
تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فوجب ان يصح دفعا للحاجة الماسة
الى احياء حقوق الناس وكذا اذا تعددت • حتى لو اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم
اخذ منه كفيلا اخر فهما كفيلان • لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل التعدد
فالتزام التعدد لا يمنع التزام الثاني والمقصود منها التوثق واخذ كفيل اخر زيادة الاول
في التوثق فصحت الثانية مع بقاء الاولى • وتصح بكفلت عنه وبما عبر به عن البدن
حقيقة كنفسه وجسده • او عرفا كرقبته ووجهه كما مر في الطلاق • وبجزء شائع
كنصفه وثلثه وجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ اذ المستحق بها
احضارها • واحضار بعض النفس لا يتحقق • فصار ذكر بعضها لا يتجزأ كذكر كله
فلو كفل بيده او رجله لا يصح لانه لا يعبر بهما عن البدن ولهذا لا يصح ايقاع
الطلاق والعتاق بهما وصح بما سبق ذكره • ولو قال ضمنته او هو علي او الي فهو كفيل
بالنفس لان الضمان موجب الكفالة اذ يصير بها ضامنا للتسليم والعقد ينعقد
بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك • وقوله هو علي اي انا ملتزم
بتسليمه لان على للالتزام والى بمعنى على هنا • قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته
ومن ترك كلا او عيالا فالي • وكذا لو قال انا زعيم او قبيل به • لان الزعامة
هي الكفالة • قال الله تعالى وانا به زعيم • والكفيل يسمى قبيلا • ويسمى الصك
قبالة لانه وثاقة بالحق • وان قال انا ضامن لمعرفته فهو باطل لان موجب الكفالة
التزام التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم • فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به
في وقت بعينه لزمه احضاره ان طلبه في ذلك الوقت رعاية لما التزمه فان احضره فيها
وان ابى حبسه الحاكم • لانه تحقق امتناعه عن ايفاء حق مستحق عليه بالتزامه فصار
ظالما والحبس جزاؤه ولكن لا يحبسه اول مرة لان الحبس عقوبة فيتوجه على الظالم
فلا يظهر ظلمه في اول وهلة فلعله ما دري لماذا يدعى • ولو غاب المكفول عنه بنفسه
امهل الحاكم الكفيل مدة ذهابه اليه ومجيئه فان مضت مدة ولم يحضره حبسه
لانه امتنع عن التسليم مع امكانه فبان ظلمه • فان احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول
له ان يخاصمه كمصر برئ الكفيل من الكفالة لانه ما التزم تسليمه الا مرة وقد اتى به وان سلمه
في برية او سواد لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيهما لعدم حاكم يحكم بينهما • ولو كفل
على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ • لان المقصود تسليمه على وجه
يوصله الى حقه وقد حصل • وقيل في زماننا لا يبرأ • لان اكثر الناس في زماننا
يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور والعناد لغلبة اهل الفساد • فكان التقييد
بمجلس القاضي مفيدا • وان سلمه في مصر اخر غير المصر الذي كفل به برئ عند ابي
حنيفة رحمه الله اذ المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس الحاكم

وقد وجد

وقد وجد • وعندهما لا يبرأ لانه انما يبرأ بالتسليم الذي التزمه وهو التزم التسليم
في مصر كفل فيه وجاز ان يكون شهوده فيه او ذلك القاضي يعرف حادثته فلا يبرأ
رض بالتسليم في مصر اخر قلنا ولعل شهوده فيما سلمه او هذا القاضي يعرف حادثته فتعارضا
الموهومان وبقي التسليم سالما عن المعارض فيبرأ • وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر
كفل فيه وان شرط فلا يبرأ عندهما • وعلى قوله اختلف المشايخ رحمهم الله فيه • ولو سلمه
في السجن وقد حبسه غير المطالب فيه فلا يبرأ الكفيل لان الغرض من التسليم تمكنه
من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه حقه وذا لا يتأتى اذا كان محبوسا • وتبطل الكفالة
بموت المطلوب لانه كفيل بما هو واجب على الاصيل فاذا برئ من عليه اصل التسليم
برئ الكفيل ضرورة وهو ما كفل بنفس الوارث ليخاطب باحضاره وانما كفل بنفس
المورث • وبموت الكفيل لان تسليم المطلوب لا يتحقق بعد موت الكفيل منه وورثته
ر لم يكفلوا له بشيء وانما يخلفونه فيما له لا ما عليه ولا يبقى باعتبار تركته لانه انما يبقى باعتبار
التركة ما امكن استيفاؤه منها ولا يمكن استيفاء الكفالة بالنفس من المال بخلاف
الكفالة بالمال • لا بموت الطالب فلوصيه ان يطالب الكفيل لقيامه مقامه في استيفاء
حقوقه وان لم يكن له وصي اخذته الورثة لانهم خلفاؤه في حقوقه • ومن كفل بنفس
حر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ • لان موجب التسليم البراءة
فتثبت نص عليها او لا • اذ موجب التصرف يثبت بلا تنصيص عليه كالمستعير او الغاصب اذا
رد المستعار او المغصوب برئ عن ضمان الرد • ولا يشترط قبول الطالب التسليم لان الكفيل
يبرئ نفسه بايفاء ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا وضع
الدين بين يدي الطالب فانه لا يشترط قبوله • ولو سلم المكفول به نفسه الى المكفول له
بجهة الكفالة صح لانه مطالب بالخصومة وكان له ولاية دفع الخصومة • وكذا لو سلمه
اليه وكيل الكفيل ورسوله لانهما قائمان مقامه • ومن له على اخر مائة درهم فكفل رجل
بنفسه على انه ان لم يواف به غدا فهو ضامن لما عليه وهو مائة صحت الكفالتان • واذا لم يواف
به غدا فعليه المائة لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة وهذا التعليق صحيح لتعامل
الناس اياه وان كان القياس يأباه وبالتعامل يترك القياس في البيع كما لو اشترى
نعلا على ان يحذوه البائع مع ان بابه اضيق من الكفالة فلان يترك هنا وبابها اوسع
اولى • واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال بنفسه لا يبرأ من الكفالة بالنفس اذ لا تنافي
بين الكفالتين فكان كل واحد منهما للتوثق حتى لو كفل بهما معا صح • وقال الشافعي
رحمه الله لا يصح الكفالتان • اما الكفالة بالنفس فلما مر • واما الكفالة بالمال فلانها سبب
وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بالاخطار لا يصح كالبيع • ولنا ان الكفالة
تشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل
بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا يصح تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح

ويجيء المطر عملا بشبه البيع • وتصح بشرط متعارف كعدم الموافاة به في وقت كذا عملا
بشبه البدن • ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم اوافك به غدا فعليه المال الذي للطالب
عليه فمات المكفول عنه قبل مضي الغد ثم مضى الغد ضمن الكفيل المال • لان شرط
لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد • فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة مستحقة
وذا لا يكون بعد موت المكفول عنه • لان الكفالة بالنفس تبطل بموته فينبغي ان لا
يلزمه المال • قلنا الشرط عدم الموافاة مطلقا فلا يصح التقييد بموافاة مستحقة • ولو قال
كفلت لك بنفس فلان فان لم اوافك غدا فانا كفيل لك بنفس فلان وهو غريم اخر له
صحت الكفالة الاولى اتفاقا وكذا الثانية عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف • لان
هذا الشرط ملائم • وعند محمد رحمه الله هي باطلة لانه غير ملائم • ومن ادعى على اخر
مائة دينار فبين صفتها او لم يبينها فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه فان لم اوافك
به غدا فعلي المائة فلم يواف به غدا فعليه مائة دينار عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله ان ادعاها ولم يبينها حتى كفل له بمائة دينار ثم ادعى بعد ذلك
لا تصح دعواه • لانه علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التي لك على فلان فكان هذا رشوة
التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة • وهذا الطريق يوجب ان لا تصح الكفالة
وان كان المال مبينا عند الدعوى ولانه ان لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضار
النفس الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال ايضا لانها بناء على الكفالة
بالنفس • وهذا الوجه يوجب ان تصح اذا بين المال عند الدعوى • ولهما ان هذه
كفالة امكن تصحيحها فتصح • اما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما على المدعى عليه • لان العادة جرت بان يتهم الكفيل ذلك وبين يديه
ما ثنا وله الدعوى • واما اذا لم يكن مبينا فلان الناس يحملون المال المدعى به في غير
مجلس القضاء في المتعارف ولا يبينون الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا
لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته
فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فتظهر صحة الكفالة بالنفس فتصح الكفالة
بالمال لانها بناء عليها • ولا يجبر على الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص • اي لا يجبر
على اعطاء الكفيل في حد القذف والقصاص • لان الكفالة شرعت لتسليم النفس
وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال • بخلاف
الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لنا كيلا
يفوت حقنا والله تعالى غني عن ذلك • اما القصاص فالمغلب فيه حق العبد • وحد
القذف مشتمل عليهما وان كان الغالب حق الله • وله قوله عليه السلام لا كفالة
في حد مطلقا • ولان الكفالة للاستيثاق • ومبنى الحدود والقصاص على الدرء والجبر
على اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع • بخلاف سائر الحقوق ولانها لا تسقط

بالشبهات

بالشبهات فيليق الاستيثاق بها كما في التعزير فانه حق العباد ولا يسقط بالشبهة
ولو اعطى الكفيل بنفسه جاز اجماعا • لان تسليم النفس مستحق على الاصيل للطالب
فتصح الكفالة به • ولا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران
او شاهد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس لتهمة الفساد هنا • لا للاحتياط
وشهادة المستورين تصلح للحكم فكذا تصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة
في الديانات والمعاملات فتثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت اصل الحق
والحبس لتهمة الفساد مشروع • فانه عليه السلام حبس رجلا بتهمة • بخلاف دعوى
المال لان الحبس نوع عقوبة • وفي دعوى الحدود والقصاص عقوبة اقوى من الحبس
اذا ثبت فاذا صار متهما به يعاقب بالحبس • وفي دعوى المال اقصى العقوبات اذا ثبت
فقبل ثبوته لا يعاقب به • وعنهما في الحبس في الحدود والقصاص روايتان في رواية
يحبس ولا يكفل وفي رواية عكسه لحصول الاستيثاق باحدهما • وتصح الكفالة
بالمال معلوما كان المال المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا • مثل ان يقول
تكفلت به بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع • لان جهالة المكفول به
لا تمنع صحة الكفالة اذا كانت مستندة كقولنا على التوسع لانها تبرع ابتداء لا محالة
وعلى الكفالة بالدرك وهو ان يقول للمشتري انا ضامن اذا استحق المبيع احد اجماعا
واصل اللحوق في الدرك وقدر ما يلحقه مجهول وكفى بالاجماع حجة • وكذا لو قال
كفلت لك بما اصابك من هذه الشجة التي شجك فلان تصح بلغت النفس او لم تبلغ
ومقداره ما التزم بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدري قدر ما يبقى من اثر الشجة هل تسري
الى النفس او لا تسري • والدين الصحيح ان لا يسقط الا بالاداء او بالابراء • وفيه احتراز
عن بدل الكتابة اذ لا تصح الكفالة به لثبوته في ذمة المكاتب مع المنافي • لانه عبد ما بقي عليه
درهم والمولى لا يستوجب على عبده دينا • لكنه لحاجته الى العتق ثبت الدين فكان ثابتا
في حقه لا في حق الكفالة به • ويصح تعليق الكفالة بالشروط كما لو قال ما بايعت
فلانا فعلي وما غصبك فلان • بخلاف ما لو غصبك احد شيئا • والاصل فيه قوله تعالى
ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم • فالاية تدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة
الكفالة اذ حمل البعير مجهول وعلى ان تعليق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة
بشرط المجيء بالصواع • وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قصه الله ورسوله بلا انكار • فان
قيل الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان
مستاجرا او المستاجر ضامن للاجرة • سواء كان اصيلا او وكيلا • واذا كان ضامنا
للاجرة بحكم العقد لم يتصور ان يكون كفيلا من غيره • فكان معنى قوله وانا به زعيم
اي ضامن للاجرة بحكم الاجرة لا بحكم الكفالة • قلنا الزعيم الكفيل لما مر وامكن
حمل الاية على الكفالة بان قال المنادي للعير ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير

وهي خطاء

وانا كفيل بذلك فتكون كفالة عن الملك لا عن نفسه لان المنادي كان رسولا من جهة الملك
والرسول بالاستئجار يصلح ان يكون كفيلا بالاجر عن المرسل فان قيل قد ظهر انتساخه لان
الكفالة لا تصح لمجهول اجماعا والمكفول له مجهول هنا قلنا هنا امران جواز الكفالة
مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة الى سبب وجوب المال وانتساخ الاول لا يدل
على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة بالدرك وهي مضافة الى سبب
الوجوب بالاستحقاق ثم ان كان الشرط ملائما بان كان شرطا لوجوب الحق كقوله
ان هبت الريح او ان جاء المطر او ان دخل زيد الدار لا يصح وكذا اذا كفل به الى مجيء المطر
او هبوب الريح بطل الاجل وصحت الكفالة لانهما ليسا من الآجال المتعارفة بين التجار
والكفالة مما يصح تعليقها بالشرط فلا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
وطالب المكفول له ايا شاء الاصيل بالاصالة والكفيل بالكفالة اذ الكفالة ضم الذمة
الى الذمة في المطالبة فيستدعي حق المطالبة منهما الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ يكون
حوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها الاصيل كفالة اذ العبرة في العقود للمعاني
ولو طالب احدهما له مطالبة الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاها الضم بخلاف
المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين فانه ليس له ان يضمن الآخر لانه اذا ضمن احدهما
بالرضا او القضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر والمطالبة
بالكفالة لا تتضمن التمليك ما لم توجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من احدهما
صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار
تضمين احدهما بلا رضى وقضى له تضمين الآخر ايضا فان قال تكفلت بما لك على
فلان فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا
فتحقق ما عليه وان لم تقم البينة فالقول للكفيل مع يمينه في قدر ما اقر به اذ القول
للمنكر وهو منكر للزيادة فان اقر المكفول عنه باكثر منه لم يصدق على كفيله
لقصور ولاية المقر عن غيره ويصدق في حق نفسه لولايته على نفسه وتصح
الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم
ولانه تصرف في حق نفسه بالتزام المطالبة وفيه تقوية للطالب واعانة للمطلوب
ولا ضرر عليه بواسطة الرجوع لانه يتقيد بالامر بالكفالة وامره بها دليل رضاه فان
كفل بامره رجع بعد ما ادى بما ادى اذا ادى ما ضمنه لانه ادى دينه بامره فيرجع
عليه وان ادى خلافه رجع بما ضمن لا بما ادى حتى لو كفل عن رجل بدراهم جياد
واعطى الطالب زيوفا رجع بمثل ما ضمن على الاصيل لان الكفيل باداء الدين ملك
ما في ذمته فنزل منزلة الطالب كما لو ملكه بالهبة وهبة الدين لغير من عليه الدين
تصح اذا سلطه عليه وهو مسلط عليه في الجملة او يجعل ذلك نقلا للدين منه فيقتضي الهبة
له فتصير هبة الدين لمن عليه الدين وهو ممكن لان له ولاية نقل الدين اليه باحالة

الدين عليه

باحالة الدين عليه فيثبت ذلك مقتضى تصحيحا او بالارث على ان الدين يصير دينين عند
الضرورة ولا صحة للهبة الا بجعل الدين عليه فيجعل الدين عليه للضرورة او بالارث
بان مات الطالب فورثه منه وكما لو ملكه المحتال عليه في الحوالة بخلاف المامور
باداء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء بل كان مقرضا
فيرجع بما ادى وبخلاف ما لو صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة حيث
يرجع بخمسمائة لانه اسقاط لبعض الحق وليس بمبادلة اذ لو جعل مبادلة لكان ربوا
واذا كان اسقاطا فلا يرجع عليه بقدر الساقط وان كفل بغير امره لا يرجع
بشيء خلافا لمالك رحمه الله لانه متبرع فيما ادى فلا يملك الرجوع وليس للكفيل ان
يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء فلا يرجع حتى
يؤديه لانه حينئذ يصير متملكا ما في ذمة الاصيل بخلاف الوكيل بالشراء فان
له ان يرجع بالثمن على الموكل قبل اداء الثمن الى البائع لانه ينعقد بين الوكيل والموكل
مبادلة حكمية بنفس الشراء حتى كان له ولاية الحبس فان لوزم بالمال لازم المكفول
عنه حتى يخلصه فان حبس حبسه ايضا لانه الذي ادخله في هذه العهدة فيلزمه تخليصه
وبرئ الكفيل باداء الاصيل وبابراء الطالب الاصيل لان براءته توجب سقوط الدين
على الاصيل عندنا وعلى الكفيل المطالبة به وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط
الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولا دين محال وكذا اذا اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو ابرأ الكفيل برئ هو لا الاصيل لان
الثابت على الكفيل المطالبة وهي فرع الدين وسقوط الدين لا يوجب سقوط الاصل
ولئلا يجعل لزوم التبع اصلا والاصل تبعا وكذا لو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن
الاصيل لان التاخير ابراء موقت لانه يسقط المطالبة الى غاية فيعتبر بالابراء المؤبد
بخلاف ما لو كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لان التاجيل
متى قارن الكفالة صار داخلا في نفس المال لان حال وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل
سوى الدين فكان الاجل داخلا في الدين فيتاجل الدين واذا صار الدين مؤجلا يظهر
الاجل في حقهما ضرورة وهنا بخلافه لان تاخير الكفيل بعد ما كفل حالا تاخير
للمطالبة عن الكفيل اذ الملتزم بالكفالة المطالبة فكان تاخيرا للملتزم فلا يثبت التاخير في حق
الدين لانه لم يذكر في معرض التاخير وثم ذكر الدين في معرض التاجيل فان صالح
الكفيل او الاصيل رب المال عن الالف على خمسمائة برئ الكفيل والاصيل عن خمسمائة
اذ الصلح اضيف الى الالف وهو دين واجب على الاصيل فيبرأ الاصيل فيبرأ الكفيل ايضا
ضرورة لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل واذا ادى الكفيل خمسمائة يرجع على الاصيل
بخمسمائة اداها فقط ان كانت بامره لان بالاداء يملك ما في ذمة الاصيل فاستوجب الرجوع
وبالابراء يسقط الدين فلا يملكه الكفيل فلا يرجع بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر

حيث يرجع بكل الألف لأنه مبادلة فملك ما في ذمة الأصيل فيرجع بكله عليه • ولو صالح
الكفيل عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل • لأن ما استوجب بالكفالة المطالبة
فكان إبراء الكفيل عن المطالبة فلا يبرأ الأصيل • ولو قال المكفول له للكفيل برئت إلي من
المال فهو إقرار منه بالإيفاء أي إقرار من الطالب بقبض المال من الكفيل • حتى يرجع الكفيل
على الأصيل إذا كفل بأمره لأنه أسند البراءة إلى الكفيل وعناها إلى نفسه بقوله إلي • والبراءة
التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء • فكان هذا منه إقرارا
بالقبض فيرجع • وإن قال الطالب للكفيل أبرأتك فهو براءة لا إقرار منه بالقبض من
الكفيل حتى لا يكون للكفيل أن يرجع بالمال على الأصيل • لأن الطالب أسند البراءة إلى
نفسه على الخصوص والبراءة التي يختص بها الطالب تكون بالإسقاط فلا يكون هذا إقرارا
بالقبض فلا يرجع ويأخذ الطالب حقه من الأصيل • لأن إبراء الكفيل لم يوجب إبراء الأصيل
وإن قال الطالب للكفيل برئت ولم يقل إلي فهو براءة عند محمد رحمه الله لأنه يحتمل
برئت لأنك أديت المال فكان إقرارا بالقبض فيرجع • ويحتمل برئت لأني أبرأتك فلا
يرجع بالشك • وعند أبي يوسف رحمه الله هو إقرار بالقبض لأنه أسند البراءة إلى الكفيل
على الخصوص والبراءة التي من الكفيل على الخصوص تكون بالإيفاء • فإنه إذا خلى بين الطالب
وبين المال تحصل البراءة وإن لم يوجد من الطالب صنع • وهذا كله إذا غاب الطالب
فإن كان حاضرا يرجع إليه أنك قبضت المال أو لم تقبض لصدور الإجمال منه • ولا يصح
تعليق البراءة من الكفالة بالشروط • لأن في البراءة معنى التمليك كما في سائر البراءات
وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر • وكذا على قول غيره • لأن فيها
تمليك المطالبة وهي كالدين لأنه وسيلة إليه والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط •
وقيل يصح لأن الثابت على الكفيل المطالبة دون الدين في الصحيح فكانت إسقاطا محضا
كالطلاق • ولهذا لا يرتد إبراء الكفيل بالرد ويرتد إبراء الأصيل برده • وكل حق لا يمكن
استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود وإن كان حد القذف أو قصاص • لأن الكفالة
إنما تصح بمضمون تجري النيابة فيه في إيفائه ولا تجري النيابة في العقوبات • لأن الغرض من
شرعها زجر العاصي وهذا لا يتحقق إذا أقيم على غير الجاني هذا إذا كفل بنفس الحد • فلو كفل
بنفس من عليه الحد فقد سبق بيانه • والعين المضمونة بغيرها لأنه مضمون بوجه دون
وجه فلا يصح بالشك فصار كالمبيع حتى لو تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لأنه عين
مضمونة بغيرها وهو الثمن • والمرهون فإنه مضمون بالدين والأمانة لأنها غير مضمونة
وهي كالوديعة والمستعار ومال المضاربة والشركة والمستأجر • وعند أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله العين في يد الأجير المشترك مضمون فتصح الكفالة عندهما • ولو
كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر
إلى المستأجر يصح لأن التسليم مستحق على البائع وعلى المرتهن إذا قبض الثمن أو الدين •

وكذا التسليم

وكذا التسليم مستحق على المؤجر • وتصح الكفالة بالثمن عن المشتري لأنه دين واجب في
الذمة كسائر الديون وبالعين المضمونة بنفسها كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض ض
على سوم الشراء • وقال الشافعي رحمه الله لا تصح الكفالة بالأعيان المضمونة • لأن من شرط
صحة الكفالة قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده وذا يتصور في الدين لا في عين في يد
الغير • ولنا أن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الأصيل
وهذه العين مضمونة على الأصيل فصح التزامه من الكفيل • ومن استأجر دابة للحمل فإن
كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل • لأن المستحق هو الحمل وتمكينه الحمل على دابة نفسه
وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته لا يصح لما مر • ولا تصح
الكفالة بالنفس أو بالمال إلا بقبول الطالب في مجلس العقد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
خلافا لأبي يوسف رحمه الله فيهما • واختلفوا على قوله فقيل عنده يجوز بوصف التوقف
حتى لو رضي به الطالب ينفذ وإلا يبطل • وقيل جائز عنده بوصف النفاذ ورضى الطالب
ليس بشرط عنده وهو الأصح لأنه تصرف التزام من الكفيل ولا إلزام فيه على الغير فيتم بالملتزم
وحده كالإقرار • ولهذا يصح مع الجهالة • ومن جعل الخلاف في التوقف جعله فرعا
للفضولي في النكاح إذا زوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عنده على إجازتها فيما وراء المجلس
كأنه جعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا عقدا تاما لكنه تصرف للغير فيتوقف
على رضاه • وعندهما لا يتوقف لأنه شطر العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس • وهذا
لأنه عقد تمليك على معنى أن المطالبة لم تكن مملوكة له وملكها بعقد الكفالة • والتمليك
يقوم بشطرين • فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء
المجلس إلا في مسألة واحدة • وهو أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم تكفلوا عني بما علي من
الدين لغرمائه فضمنوا به مع غيبة الغرماء فإنه جائز استحسانا • وإن كان القياس
على قولهما أن لا يجوز • لأن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله • ولأن الصحيح
لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لم يصح إذا ضمنوه فكذا المريض • لأنه إنما يصح بطريق
الوصية منه لورثته بأن يقضوا عنه دينه • ولهذا يصح وإن لم يسم المريض الدين ورب
الدين لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية • ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال • ولأن
المريض في هذا الخطاب لورثته قام مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته بقضاء الدين
من تركته وفيه نفع الطالب فيصح كما لو حضر الطالب بنفسه • وإنما صح بمجرد الطلب
بلا تجديد القبول • لأن قوله تكفلوا عني في هذه الحالة لا يراد به المساومة وإنما يراد به
تحقيق الكفالة • فصار كالأمر بالنكاح فإنه إذا قال زوجني وقال زوجتك لا يشترط
القبول ويحصل الأمر منهما تحقيقا لا مساومة • وفيما إذا قال المريض ذلك لأجنبي فضمن
الأجنبي دينه بالتماسه فقيل لا يجوز • لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه دون الالتزام
فكان المريض في حقه والصحيح سواء • وقيل يصح هذا الضمان لأن المريض قصد به النظر لنفسه

والاجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما
مقام الطالب لتضييق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح
فيوجد فيه بالقياس • ولا تصح الكفالة عن ميت مفلس أي إذا مات المديون مفلسا فتكفل
عنه رجل للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله • وعندهما يصح لأنه كفل بدين
واجب فيصح كما في حال حياته • وهذا لأن الدين كان واجبا عليه في حياته فلا يسقط
إلا بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب الوجوب وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك ولهذا
يؤاخذ به في الآخرة • ولو تبرع الإنسان بقضائه يجوز التبرع عن الميت ولو بريء لما حل
لصاحبه الأخذ من المتبرع • ولو كان بالدين كفيل بقي على كفالته • ولو سقط الدين
بالموت يسقط عن الكفيل لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل • وله
أنه كفل بدين ساقط فلا يصح إذ الكفالة بالدين ولا دين محال • وهذا لأن الدين
في الحقيقة فعل • ولهذا يوصف بالوجوب والأفعال توصف بالوجوب فكان يجب
عليه في حياته تمليك طائفة من ماله لغريمه وبعد ما مات لا يتصور ذلك منه فيستحيل
انتفاؤه • وإنما ألحق الدين بالمال في حق بعض الأحكام كوجوب الزكوة وغيرها لأنه يؤول إليه
في المآل بواسطة الإيفاء وقد عجز عنه بنفسه وبخلفه أي كفيله ففات عاقبة الاستيفا
فسقط في حق أحكام الدنيا ضرورة • وإذا كان به كفيل فخلفه باق • وكذا إذا كان له
مال فما يفضي إلى الأداء باق لأنه يتمكن من المال فيجعل باقيا في حق أحكام الدنيا وإذا تبرع
به غيره صح لأن صحة تمليك المال لا تتعلق بوجود الدين على أن صحة التبرع بناء على أن الدين
باق في حق صاحب الدين لأن سقوطه عن المديون للضرورة فيتقدر بقدر الضرورة
فيظهر في حق من عليه دون من له • ولا تصح الكفالة بالثمن عن الموكل ورب المال
أي إذا باع رجل لرجل ثوبا بأمره ثم ضمن الثمن عن المشتري للآمر أو باع المضارب مال المضاربة
ثم ضمن الثمن لرب المال لا يصح لأن حق القبض للوكيل والمضارب • ولهذا لا يبطل بموت
الموكل حتى لو مات الموكل كان له أن يقبض الثمن • وكذا لو نهاه الموكل عن قبض
الثمن حال حياته لا يعمل نهيه • فلو صح الضمان لصار ضامنا لنفسه وإنه لا يجوز • بخلاف
المأمور ببيع الغنائم من جهة الإمام إذا ضمن الثمن عن المشتري حيث يصح ضمانه وبخلاف
الوكيل بالنكاح إذا ضمن المهر للمرأة عن الزوج • لأن كل واحد منهما سفير ومعبر
حتى لو نهى الإمام عن قبض الثمن صح نهيه والرسول في باب البيع إذا باع وضمن الثمن عن المشتري
صح الضمان • ولأنهما أمينان في الثمن في الشرع فاشتراط الضمان عليهما إبطال لحكم الشرع
كالمودع أو المستعير يضمن للمودع أو المعير • وكذا الرجلان باعا عبدا من رجل صفقة
واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن بطل الضمان لأن الصفقة إذا كانت متحدة
فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما • فلو صح ضمان أحدهما لصاحبه بنفسه شائعا يصير
ضامنا لنفسه وهو باطل • وهذا لأنه ما من جزء يؤديه إلا وهو بينهما مشترك • فكان

الضمان

الضمان متناولا لأجزاء مشتركا ضرورة • ولو صح في نصيب شريكه خاصة يؤدي إلى قسمة
الدين قبل القبض وهو باطل • لأن القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة وهو أن يصير حق
كل واحد منهما مفرزا أي حيزا على حدة وذا لا يتصور في العين إذ الفعل الحسي يستدعي
محلا حسيا دون الدين لأنه شرعي ولأنه قبل القبض فعل والفعل لا يحتمل القسمة
وإن باعا العبد صفقتين بأن باع كل واحد منهما نصفه بعقد على حدة ثم ضمن أحدهما
لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لأن الصفقة إذا تعددت فما يجب لكل واحد
منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة • ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما
ورد نصيب الآخر صح • ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه • فلو صح
الضمان من أحدهما لا يصير ضامنا لنفسه بوجه • ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة
بطل الضمان لأن العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لأنه وثيقة بمنزلة
كتاب العهد وهو ملك البائع وفي يده ولا يلزمه التسليم إلى أحد فإذا ضمن تسليمه
إلى المشتري فقد ضمن ما لا يمكنه الوفاء به فلا يصح ضمانه • وعلى العقد لأنها أخذت من العهد
والعهد والعقد سواء • وعلى حقوق العقد لأنها من ثمرات العقد • وعلى الدرك • وعلى
خيار الشرط ففي الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي خيار الشرط فتعذر العمل بها قبل
البيان فبطل الضمان للجهالة • بخلاف الدرك فإن ضمانه صحيح اتفاقا • لأن ضمان الدرك
ضمان الثمن عند ورود الاستحقاق هو المفهوم فيما بين الناس فكان المضمون معلوما
وهو قادر على الوفاء بما التزم فصح • وإن قيل ينبغي أن يصرف إلى ما يصح الضمان به وهو
الدرك تصحيحا للضمان قلنا فراغ الذمة أصل فلا يثبت بالشك والاحتمال • وقيل ضمان
العهدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ضمان الدرك وكانت المسألة على الخلاف على هذا
القول • فإن ضمن الخلاص بطل أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن تفسيره عنده تخليص
المبيع عن المستحق وتسليمه إلى المشتري لا محالة وهو باطل لأنه ضمن ما لا يقدر على الوفاء
به وهو تسليم المبيع إن أجازه المستحق ورد الثمن إن لم يجز وصح عندهما لأن ضمان الخلاص صح
عندهما مفسر بضمان الثمن إن عجز عن تسليم العين بوجود الاستحقاق • وهذا كالدرك
ولا تصح الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد لما مر • ووجه آخر وهو أن للعبد
أن يعجز نفسه في كل وقت وإذا عجز نفسه سقط مال الكتابة • فلو صحت الكفالة به
على هذا الوجه لما حصل المقصود وهو الاستيثاق • لأن للكفيل أن يقول في كل وقت
أنا عاجز • ولأنه حينئذ يكون مخيرا بين أن يؤدي وبين أن لا يؤدي وقد كان له هذا
الخيار قبل الكفالة فلم تفد الكفالة فائدتها ولو صحت مطلقا لبطل معنى الضم إذ من شرطه
الاتحاد • إذ الضم لا يتحقق بين المختلفين • ولأن ما على الكفيل تبع لما على الأصيل • وجوازه
بهذا الطريق يتضمن ترجيح التبع على الأصل • وجوازه بهذا الطريق يتضمن ترجيح التبع
على الأصل • وبدل السعاية كبدل الكتابة عند أبي حنيفة رحمه الله فلا تصح كفالة أحد

عنه لانه كالمكاتب عنده وعندهما هو حر عليه دين فتصح الكفالة • ومن كفل عن رجل
بالف فاعطى المطلوب الكفيل ما ضمن قبل ان يعطي الكفيل الطالب المال لا يسترد المطلوب
ذلك المال من الكفيل لان ذلك صار حقا للقابض على احتمال ان يؤدي الدين بنفسه فما لم
ينقطع هذا الاحتمال فليس له ان يرجع • وانما ينقطع هذا الاحتمال باداء الاصيل
بنفسه • فاذا ادى بنفسه يسترد من الكفيل ما اخذ • وهذا كمن عجل زكوة ماله ودفعها
الى الساعي او اشترى شيئا بشرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد ان يسترد
قبل نقض البيع لا يملك • لان الدفع كان بعوض وهو ان يصير زكوة وثمنا عند مضي
الحول وسقوط الخيار فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترد • ولانه ملكه بالقبض
لان المطلوب دفع المال اليه على وجه الاقتضاء بان قال له اني لا امن ان ياخذ منك الطالب
حقه فانا اقضيك المال قبل ان تؤديه • بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان
قال المطلوب للكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدي ملكا
للكفيل بل هو امانة في يده • ولكن لا يكون للمطلوب ان يسترده من يد الكفيل لانه
تعلق بالمؤدى حق الطالب والمطلوب بالاسترداد يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه وان ربح
الكفيل فهو له • لانه ملكه حين قبضه فالربح حصل على ملكه فيطيب له ولا يتصدق
به • اما اذا قضى الكفيل الدين فظاهر • لانه قبض ما هو واجب له عليه فيملكه من حين
قبض • وكذا اذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد • لان الكفالة متى كانت
بامر يستوجب الكفيل دينا في ذمة المكفول عنه لكنه مؤجل الى غاية القضاء • ولهذا
قلنا ان المكفول عنه اذا رهن عينا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين •
ولو ابرأ الكفيل الاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهبه منه يصح حتى لا يرجع
على الاصيل بعد الاداء • واذا كان تاخير المطالبة الى وقت الاداء بحكم الاجل فيملكه
بالاستعجال كسائر الديون المؤجلة اذا عجلها المديون الا ان فيه نوع خبث لما ياتي بعده
فلا يعمل مع الملك فيما يتعين لما سبق في البيوع • وان كانت الكفالة بكر بر فقبضه من
المكفول عنه وباعه وربح فيه فالربح له في الحكم لما مر انه ملكه • ويستحب له ان يرد
الربح على المالك اي المكفول عنه ولا يجبر عليه في الحكم • وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله • وعنه انه
يتصدق به • لهما انه ربح في ملكه لان الرصاه ملكا له بالقبض لانه اقتضى من المكفول
عنه دينه المؤجل فيطيب له الربح كما لو اقتضى صاحب الدين دينه المؤجل وربح فيه •
وله انه يمكن الخبث مع الملك فيما يتعين فيرده عليه او يتصدق به • وهذا لان اقتضاءه
قاصر غير خال عن الشبهة • لان المكفول عنه بسبيل من ان يقضيه بنفسه فيسترد منه عين
ما اعطاه • ولان الاقتضاء بني على قيام المطالبة دون حقيقة الدين فتمكنت الشبهة في الاقتضاء
فكان الملك قاصرا • ولو كان الملك صحيحا من كل وجه فاسدا من وجه امرناه بالتصدق

او بالرد

او بالرد على المالك لان الخبث لحقه استحسانا لا ايجابا توفيرا على الشبهتين • فاما اذا اعطاه على
وجه الرسالة فتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب له الربح سواء كان ثمنا او مما يتعين لانه
مودع والمودع اذا تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وطاب له عند ابي يوسف رحمه الله • ومن كفل عن رجل بالف بامره فامر المكفول عنه
الكفيل ان يتعين عليه حريرا ففعل الكفيل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع عليه
وتفسير المسئلة ان المكفول عنه امر الكفيل ببيع العينة وهو مكروه لما فيه من الاعراض
عن مبرة الاقراض وقيل اياك والعينة فانها لعينة وهي مخترع اكلة الربو • وقد قال عليه السلام
اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم • والمراد باتباع
اذناب البقر الاشتغال بالزراعة والاقبال عليها • وبالعينة ان ياتي المحتاج الى رجل يستقرض
منه عشرة دراهم فلا يرغب المقرض في الاقراض طمعا في اصابة الفضل الذي لا يناله بالقرض
فيقول له ابيعك هذا الثوب وقيمته عشرة باثنا عشر الى اجل لتبيعه في السوق بعشرة
فيحصل لي ربح درهمين وتسمى عينة لان المقرض اعرض عن القرض الى بيع العين
فاذا ثبت هذا فنقول الشراء يقع للكفيل لان الكفيل لم يصر وكيلا عنه بالشراء لانه
لم يقل بعني لي حريرا وانما قال تعين علي • وهي كلمة ضمان لا كلمة توكيل • ومعنى الضمان
هنا ان يقول المديون للضامن اشتر لي ثوبا لتبيعه في السوق فتقضي بثمنه الدين • فان امكنك
ان تبيع الثوب بمثل ما ابتعته فبها ونعمت • وان لم يكن ذلك الا بالخسران فذاك علي • غير
ان هذا الضمان باطل لان الضمان انما يصح بما هو مضمون على غيره وخسران درهمين غير مضمون
على احد فبطل ضمانه كمن يقول لاخر بايع في هذا السوق على ان كل وضيعة وخسران
يصيبك فانا له ضامن • وقيل هو توكيل لانه اخرج الكلام مخرج الوكالة • ولهذا
ذكر في بعض النسخ بعني لي حريرا مكان علي لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذا لم يبين
نوع الحرير او مقدار الثمن اذ الزيادة على مقدار قيمة الحرير مجهولة • فكيف ما كان فالشراء للكفيل
والربح الذي ربحه بايع الثوب على الكفيل • لان الشراء لما وقع للكفيل كان الفضل على قيمة
الثوب على الكفيل • وان ضمن رجل عن رجل لرجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه او بما لزمه
ثم غاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل
بينته على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضى عليه • لان شرط وجوب المال على الكفيل
القضاء بالمال على الاصيل • وهذا الشرط لم يوجد • وذلك لانه كفل بدين موصوف • وهو
ما قضي به على الغائب • اما في لفظ القضاء فظاهر • وكذا في لفظ الذوب واللزوم لانهما
يراد بهما الوجوب بجهة القضاء في عرفهم • ولهذا لو اقر الكفيل ان له عليه الف لا يلزمه لانه اقرار
لا يثبت بالوصف • ولان المكفول به مال يقضى به • وهذه العبارة ان كانت للماضي فتذاربه
بها الاستقبال عرفا كما يقال اطال الله بقاءك • والمدعي لم يتعرض في دعواه ان القاضي قضى
به في حال الكفالة وليس من ضرورة كون الالف على الاصيل ان تكون ذاب عليه ولزمه بعد

الكفالة فتفسد هذه الدعوى حتى لو قال الطالب إني قدمت المطلوب بعد الكفالة
إلى فلان القاضي وأقمت عليه البينة بألف درهم وقضى له بذلك عليه فصرت كفيلا
بذلك صحت الدعوى حتى لو أنكر الكفيل فأقام الطالب البينة عليه بذلك قضى القاضي
على الكفيل والغائب بالألف لأنه يثبت الوصف حتى لو أقر لزمه والكفالة بأمره وبغير
سواء إلا أنه لا يرجع إذا كانت بغير أمره ولو ضمن له ثمن ما بايعه أو ما داينه أو أقرضه
فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل أنه كفل له به وأنه قد أدانه أو أقرضه
بعده وجحد الكفيل ذلك قضي على الكفيل والغائب لأن الضمان مقيد بصفته ولا يمكن
القضاء به إلا بالقضاء على الغائب فينتصب خصما ولو برهن رجل على رجل أن له على فلان
الغائب ألف درهم وأن هذا كفل لي عنه بأمره فقضى القاضي على الكفيل والمكفول عنه
فإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى به على الكفيل دون الأصيل أما القضاء على الكفيل
في الوجهين فلأن المدعي يدعي مالا بسبب الكفالة وقد أثبت دعواه بالحجة إذ المكفول به
مال مطلق بخلاف ما سبق فيقضى عليه بما ادعى وأما القضاء على الأصيل في الفصل الأول
دون الثاني فلأن الكفالة بغير أمره تبرع محض إذ لا رجوع فيه وبأمره تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء بمنزلة القرض فإذا ادعى بأمره لم يصح بغير أمره وذلك غير مشهود به
ومن ضرورة القضاء بالأمر التعدي إلى الغائب وإلا لا تكون معاوضة ولأن أمر الأصيل
الكفيل بالكفالة إقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة وإذا كانت الكفالة بغير أمره
فليس من ضرورة صحتها التعدي إلى الغائب لأنها لا تمس جانب المكفول عنه لأن صحتها
يعتمد قيام الدين في ذمة الكفيل وفي الكفالة بأمره لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بما أدى
عند زفر رحمه الله لأنه يزعم أنه ليس بكفيل أصلا فضلا عن أن يكون كفيلا عنه بأمره إلا
أن المدعي قد ظلمه بالبينة الكاذبة وليس للمظلوم أن يظلم غيره وعندنا يرجع الكفيل
عليه بما أدى لأن الشرع كذبه في هذا الزعم حيث قضى عليه بالبينة فبطل زعمه وإنكاره
وهذا كمن اشترى من غيره شيئا فاستحق عليه بالبينة كان له الرجوع بالثمن على البائع
وإن زعم صحة البيع حال عدم ولاية الرجوع لأنه صار مكذبا شرعا في زعمه ولو قال
كفلت لي عن فلان بكل ما لي عليه من المال وإن كان عليه ألف درهم وبرهن على المال
والكفالة قضي عليه وعلى الغائب ادعى الأمر أو لا إلا أنه إذا كان بأمره يرجع بين هذا
وبين ما تقدم أن قوله كفلت لك عن فلان بألف درهم لك عليه إقرار يوجب به عليه
من قبل الكفيل وذا كاف لصحته فلا حاجة إلى القضاء على الأصيل وأما قوله كفلت لك بكل ما لك
عليه فليس بإقرار منه بوجوب شيء عليه لأنه لم يقدر ألا ترى أنه لو كفل هكذا ثم أنكر
المال على الأصيل كان القول له فصار تقديره بكل ما لك عليه إن كان لك عليه شيء فإذا
صار كذلك صار القضاء بالمال على الأصيل شرطا لوجوب المال على الكفيل مقتضيا شرطه
والحوالة في هذا مثل الكفالة لأنها تبتني على وجوب الدين إذا ادعى الكفيل على المكفول عنه

أداء الدين

أداء الدين والرجوع عليه وأنكر هو الأمر والأداء أو أقر بالأمر وجحد الأداء وبرهن على الطالب
بذلك قضي عليه بالضمان وعلى الغائب بالقبض لأنه ادعى على الحاضر دينا لا يتوصل إليه إلا بالقضاء
على الغائب بالقبض فينتصب هو خصما كفالته بالدرك مذ باع تسليم أي إذا باع رجل
دارا فكفل رجل للمشتري عن البائع بما أدركه فيه من درك فكفالته بالدرك تسليم
للبيع حتى لو ادعى الكفيل على المشتري عن البائع بما أدركه فيه من درك حتى لو باع الكفيل
حتى لو ادعى الكفيل على المشتري أن الدين ملكه لا تسمع دعواه لأن الكفالة إذا شرطت
في البيع توقف جواز البيع على قبول الكفيل في المجلس وإذا قبل في المجلس حتى تم البيع كان
الكفيل في هذه الدعوى ساعيا في نقض ما أوجبه ومن سعى في نقض ما أوجبه ضل سعيه في
منه الحيوة الدنيا فإن لم تكن مشروطة في البيع فالمطلوب من هذه الكفالة إتمام البيع وإحكا
بأن لا يرغب المشتري في شراء هذه الدار خوفا من الاستحقاق إلا بهذه الكفالة فيكون
مراد الكفيل بهذه الكفالة أن البائع مالك وأن بيعه جائز فاشتر هذه الدار ولا تخف فإن
لحقك درك فيما تشتري فأنا ضامن له فصار الكفيل مقرا بملك البائع فلا تصح دعواه لنفسه
بعد ذلك ولو كتب شهادته في صك الشراء وختم على ذلك الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك
أن الدار له تصح دعواه ولا تكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما وإقرارا بأن المبيع
ملك البائع لأنه لا تنافي بين الأمرين من قبل أنه شهد بوجود البيع ولا يدل وجوده على صحته
ونفاذه لا محالة إذ البيع كما يوجد من المالك يوجد من غيره وله أن يقول إنما كتبت
شهادتي لأحفظ الحادثة أو لأتأمل في هذا العقد ضرر احتياطه رده أو نقضا حتى أجيزه
والشهادة لا تكون مشروطة في البيع أيضا بخلاف ما مر حتى لو شهد بالبيع عند القاضي
وقضى بشهادته أو لم يقض حتى ادعى بعده لا تسمع دعواه لأن الشهادة بالبيع على إنسان
إقدام بصحة البيع باتفاق الروايات لأن العاقد يقصد بتصرفه الصحة والجواز فيصير
دعوى الملك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة الدعوى وأما كتابة الشهادة
في الصك لا يتعلق بها حكم من الأحكام بل هي محض إخبار بالبيع ولو أخبر أن فلانا باع هذا
العبد ثم ادعاه بعده لنفسه صح دعواه قال مشايخنا رحمهم الله الجواب المذكور في كتاب
الشهادات محمول على ما إذا كتب شهد فلان البيع والشراء وكتب وجرى البيع بمشهدي
أو كتب أقر بالبيع والشراء عندي أما إذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بأن
كان في صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه أو باع بيعا باتا نافذا أو كتب شهد بذلك
هد فلا تصح دعواه بعد ذلك ومتى كان في الصك باع فلان كذا أو أقر أنه باع ملكه والشا
كتب شهد بذلك تصح دعواه وقوله وختم إشارة إلى عرف زمانهم فإن الرجل إذا كتب
شهادته في صك الشراء ختم في آخره حتى يكون ذلك علامة لكتابه ولم يبق ذلك العرف
في زماننا ومن ضمن عن الخراج ورهن به أو ضمن نوائبه أو قسمته صح لعلم
أن الرهن والكفالة جايزان في الخراج لأنه دين واجب يحبس به ويلازم لأجله

ومنع وجوب الزكوة ويطالب به اشد المطالبة فاشبه ساير الديون بخلاف الزكوة حيث لا يصح الضمان بها وان كانت دينا واجبا مطالبا به خصوصا اذا كانت في الاموال الظاهرة لان الواجب عليه فعل هو عبادة والمال محل الاداء فاصة العبادة ولهذا لا تستوفى من تركة من عليه بعد موته الا بوصية بخلاف ساير الديون وهذا لان الدين وجوب تمليك مال بدلا عن شيء اخر والخراج يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب عن حريم الدين والمحامات عن بيضة الاسلام فكان دينا كالاجرة وتصح الكفالة بالاجرة فكذا بالخراج اما الواجب في الزكوة فتمليك مال من غير ان يكون بدلا عن شيء اخر واما النوايب فان اريد بها ما ينوب الانسان بحق صحت الكفالة له بها اتفاقا نحو ان يقضي القاضي بكري نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فابى واحد منهم من الكري وانفق شريكه بامر القاضي يصير حق الآبي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها لانه كفل بما هو مضمون على الاصل وكذا اجرة الحارس بين قوم مضمونة يصح الضمان وكذا ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال عن المال واحتاج الى فداء اسارى المسلمين فوظف على الناس مالا لاجل ذلك فهو واجب مضمون تصح الكفالة به وان اريد بها النوايب التي يطالب الانسان بها بغير حق كالجبايات في زماننا لا تصح الكفالة بها لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شيء على الاصيل هنا شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم فخر الاسلام علي البزدوي رحمه الله تصح الكفالة بها لانها تصح في حق توجه المطالبة فوق ساير الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوايب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من قضى نايبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كما لو قضى دين غيره بامره واما القسمة فقيل هي النوايب بعينها او حصة منها والرواية باو وهذا الضمان جائز لان كل واحد مطالب بنصيبه مجبور به وقيل هي الثابتة الموظفة الراتبة وهي المعاطاة الديوانية في كل شهر او ثلاثة اشهر والمراد بالنوايب ما ينوب بغير راتب بل يلحقه احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع وقيل المراد بالقسمة اجرة القسام ومن قال لاخر لك علي مائة درهم الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول للمقر له عندنا وان قال لاخر ضمنت لك عن فلان مائة درهم الى شهر فقال المكفول له هي حالة فالقول للضامن في ظاهر الرواية والفرق ان المقر اقر بالدين وهو سبب لوجوب المطالبة ثم ادعى لنفسه حقا على المقر له وهو تاخير المطالبة الى شهر والمقر له ينكر ذلك فالقول للمنكر في الشرع والضامن ما اقر بالدين اذ لا دين عليه في الاصح وانما اقر بحق المطالبة له بعد شهر والمكفول له يدعي عليه حق المطالبة لنفسه في الحال والضامن ينكر ذلك والقول للمنكر ولان الاصل في الدين

ان يجب

ان يجب حالا والاجل فيه من العوارض لانه ان وجب قرضا او اتلافا فظاهر وان وجب ثمنا فكذلك لانه مقابل بزوال ملكه عن المبيع ناجزا والعاقل على ما عليه ظاهر حاله لا يرضى بزوال ملكه ناجزا الا ببدل ناجز ولهذا لا يثبت الاجل الا بشرط وكان القول لمن انكر العارض كما اذا ادعى احد المتعاقدين خيار الشرط وانكره الاخر فالقول للمنكر والاجل في الكفالة نوع وليس بعارض حتى يثبت بلا شرط بان كفل بدين مؤجل فان الاجل يثبت في حق الكفيل بلا شرط فوجب ان يقبل قوله في بيانه وقال الشافعي رحمه الله القول للمقر في الفصلين لان الدين نوعان حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد نوعي الدين فيكون القول له كما في الكفالة وذكر في الهداية والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وهو مشكل لان الخلاف المنقول عنه كما حكينا فيحتمل ان يكون له قولان فكان لفظ المصنف في شرح البزدوي الظهيري والشافعي رحمه الله الحق الاول بالثاني وابو يوسف رحمه الله فيما يروى عنه الحق الثاني بالاول فالتغيير وقع من الكاتب ومن اشترى شيئا وكفل له رجل بالدرك فاستحق المبيع ليس للمشتري ان ياخذ من الكفيل الثمن حتى يقضى له به على البائع لان الكفالة بالدرك كفالة بالثمن فلا بد من وجوب الثمن على البائع ليصير هو كفيلا به وبنفس الاستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق لا يجب الثمن على البائع ما لم ينفسخ العقد وانما ينفسخ البيع ويجب الثمن على البائع اذا قضى القاضي بالثمن على البائع ولهذا لو اجاز المستحق البيع صح البيع وانما يصير كفيلا اذا قضي بالثمن على البائع فقبل ذلك لا كفالة فلا يكون للمشتري ان ياخذ الثمن من الكفيل هذا جواب ظاهر الرواية فان العقد لا ينفسخ بمجرد الاستحقاق وحكم القاضي على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع وهو الصحيح لم يجب على البائع رد الثمن فلا يجب على الكفيل وهذا لان الاستحقاق لا ينافي ابتداء البيع فاولى ان لا ينافي البقاء بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بصريح النقض حتى لا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله ان اخذ العين بحكم الحاكم دليل على الفسخ فينفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ بالقضاء فعلى هذه الرواية للمشتري ان ياخذ الكفيل بالثمن اذا قضي عليه بالاستحقاق

باب كفالة الرجلين

رجلان عليهما الف لرجل ثمن متاع او قرض وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى فهو عنه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف وان عين عن صاحبه لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا تعارض عليه بحق الاصالة وبين ما عليه بحق الكفالة لان الواجب بحق الاصالة دين والواجب بحق الكفالة مطالبة بذلك الدين فكانت تابعة له فتقع عنه لانه لو جعل شيئا من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كادائي فان جعلت شيئا من المؤدى عني ورجعت بذلك علي فلي ان اجعل المؤدى عنك كما لو اديت بنفسي فيفضي الى الدور

فإن رد المؤدي على النصف رجع بالزيادة لأنه لا معاوضة في الزيادة وما دونه لأن المؤدي
لما برئ عما كان عليه بطريق الأصالة برئ صاحبه عن الكفالة فإذا احتمل المؤدي
الزيادة عن صاحبه لا يكون لصاحبه أن يجعل الزيادة عن المؤدي ولو كان ما عليه
مؤجلا وما على الآخر حالا صح تعيينه لأنه ليس لصاحبه أن يرجع عليه وكان الرجوع
مفيدا وإن كفل رجلان عن رجل بألف فكفل واحد منهما عن صاحبه فما أداه
أحدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا وإن شاء رجع على المكفول عنه
بذلك كله ومعنى المسئلة أن كل واحد منهما كفل بالمال كله عن الأصيل وبالكل
عن الشريك وتصح الكفالة من الكفيل كما تصح من الأصيل وكما تصح الحوالة من المحتال
عليه فإذا أدى أحدهما شيئا وقع ذلك شائعا عنهما لاستوائهما إذ كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه وعن الأصيل بكل الألف فلا رجحان لأحدهما على الآخر بخلاف ما سبق لأن هناك
النصف بجهة الأصالة والنصف بجهة الكفالة وجهة الأصالة أقوى فيرجع على شريكه بنصفه
ولا يؤدي إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل ذلك برجوع أحدهما بنصف ما أدى
ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه دينه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وإن شاء رجع
المؤدي على الأصيل بكل ما أدى لأنه كفل بكل المال عنه بأمره فإن أبرأ الطالب أحدهما
أخذ الآخر بالكل لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي كل المال على الأصيل
والآخر كفيل بكله فيأخذه به وإذا افترق المتفاوضان وعليهما دين أخذ الغريم أيهما شاء
بكل الدين لأن كل واحد كفيل عن صاحبه لما مر في الشركة ولا يرجع أحدهما على صاحبه
حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر في مسئلة أول الباب وإن كاتب عبدين كتابة واحدة وكفل
كل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه وهذا العقد صحيح استحسانا
والقياس أن لا يصح لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل ذلك باطل
فيكون شرطهما في الكتابة فاسدا إذ الكتابة تبطل بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان
أن تصرف الإنسان واجب التصحيح بقدر الإمكان وقد أمكن تصحيح هذه الكتابة
بأن يجعل المال على كل واحد منهما والآخر تابع له في حق تعلق عتقه بأدائه كالمكاتبة
يكون عليها المال والولد يتبعها فكان كل واحد منهما في حق نفسه كأن المال عليه فصار
كفالته بما عليه أصله وكفالة المكاتب بما عليه أصله جائزة فصار كل واحد منهما أصيلا
في الكل كفيلا عن صاحبه في حق صاحبه بالكل فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال
بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة فإذا أدى أحدهما شيئا وقع عن كل البدل فيقع عن صاحبه
نصف ذلك لاستوائهما فيرجع على صاحبه بنصفه ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة
ولو أعتق المولى أحدهما صح لأنه ملكه وبرئ عن النصف لأنه لم يلتزمه إلا ليتسلم له رقبته
وقد سلمت فلم يكن راضيا بلزومه فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة
في مقابلة رقبتيهما وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فإذا أعتق استغنى

واعتبر

واعتبر مقابلا برقبتيهما فبرئ عن النصف وبقي على الآخر النصف وللسيد أن يأخذ بحصة من
لم يعتق أيهما شاء المعتق لأنه كفيل عن صاحبه والآخر لأنه أصيل فإن أخذ المعتق رجع على
الآخر بما يؤدي لأنه أدى عنه بأمره وإن أخذ الآخر لا يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن
نفسه فلا يرجع رجل عليه ألف بنصفه رجل أو بكل نصف رجل أو نصفه مؤجل ونصفه   وكفل
حال أو نصفه بقرض ونصفه ببيع فأدى الأصيل نصفه وعين صح لأن التعيين في الجنس
المختلف معتبر لكونه مفيدا

باب كفالة العبد وعن العبد

ومن ضمن عن عبد مالا لا يؤخذ به بعد عتقه بأن أقر باستهلاك مال وكذبه سيده أو
أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال يؤخذ الكفيل به حالا أما
صحة الكفالة فلأنه كفل بدين مضمون على الأصيل وأما الحلول فلأن الدين على العبد
حال لوجود سببه وإنما لا يطالب العبد به قبل العتق لعسرته إذ جميع ما في يده ملك سيده
لا لكونه مؤجلا ولا عسرة في حق الكفيل فيؤخذ به للحال كما لو كفل عن غائب فإنه
يؤخذ وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل أو كفل عمن أفلسه القاضي وحال بينه
وبين خصمه فإن الكفيل يؤخذ به للحال وإن لم يكن الأصيل مؤاخذا به في الحال لأن عدم
المؤاخذة في حق الأصيل لعسرته لا لشرط الأجل ولا عسرة في حق الكفيل بخلاف ما لو كفل
بدين مؤجل فإنه يتأجل الدين في حق الكفيل أيضا لأن المطالبة تأخرت [illegible] والكفيل
التزم المطالبة بذلك الدين فلزمه كذلك مؤجلا ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق
لأن الطالب إنما يرجع عليه بعد العتق فكذا الكفيل لأنه قائم مقامه ومن ادعى على رجل
رقبة عبد في يده فكفل بنفس العبد رجل فمات العبد فبرهن المدعي أنه كان له ضمن الكفيل
قيمة العبد ولو ادعى على العبد فكفل رجل بنفس العبد فمات العبد برئ الكفيل والفرق
أن في المسئلة الثانية كفل بتسليم نفس العبد عن العبد فإذا مات سقط عنه تسليم نفسه
إلى مجلس القاضي وبرئ عنه فيبرأ الكفيل لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل كما
لو كان المكفول بنفسه حرا ومات وهذا لأن محل ما التزمه فات وهو العبد وكما
لا يتصور التزام التسليم ابتداء بلا محل لا يتصور بقاؤه بعد فوات المحل وفي المسئلة الأولى
إنما كفل بتسليم رقبة العبد عن ذي اليد لأن المدعي يزعم أن ذا اليد غاصب ضامن والكفيل
التزم ما على ذي اليد من رد العبد على وجه تخلفه قيمته فإذا مات العبد وقامت البينة
على أن العبد ملك المدعي ظهر أن ذا اليد كان غاصبا للعبد ووجب عليه ضمان القيمة خلفا
عن العبد فيجب على الكفيل ذلك لأن الكفالة شرعت لضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل بما كان
الأصيل مطالبا به فإذا تحولت المطالبة من عين العبد إلى قيمته في حق الأصيل تحولت في
حق الكفيل أيضا كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل عنه سيده بأمره وأداه
بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر بما أدى ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد
دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى بأمره لأنه إذا لم يكن عليه دين يصح أمر المولى إياه بالكفالة

ويصح تصرف المولى فيه لفراغ ذمته عن تعلق حق الغير. ألا ترى أنه يملك أن يجعله مشغولا
بالدين بأن يبيع عليه بالدين. فكذا له أن يأذن حتى يكفل عنه. بخلاف ما إذا كان مديونا
لأن مولاه صار كالأجنبي حتى لا يملك بيعه بالدين بالإقرار عليه. فكذا لا يملك أمره
بالكفالة. وأما كفالته عن العبد فصحيحة بكل حال سواء كان العبد مديونا أو لا. له
أن الكفالة بالأمر سبب للرجوع وإنما ترك العمل به في حال كونه عبدا للمانع الرق فإذا عتق
زال المانع من عمل السبب فيثبت ولاية الرجوع عملا بالسبب. ولنا أن الكفالة وقعت
غير موجبة للرجوع لاستحالة أن يجب لأحدهما دين على الآخر فلا ينقلب موجبة بالضمان
موجبة للرجوع. كفل عبد مأذون مديون عن سيده بإذنه بطلت لحق الغرماء
فإن حرر في مرض موته ومات فعلى العبد السعاية لغرمائه ولا تنفذ تلك الكفالة
ما دام يسعى عند أبي حنيفة رحمه الله فإذا سعى وعتق نفذت تلك الكفالة لأنه كالمكاتب
عنده وكفالة المكاتب لا تصح. وعندهما هو حر مديون فتنفذ كفالته. كفيل
بدين مؤجل مات فحل الأجل وطولب وارثه بتعجيله وعجل وارثه لا يرجع على الأصيل
حتى يحل الأجل خلافا لزفر رحمه الله. لأن الأجل إنما بطل في حق الكفيل بموته إذ لا فائدة في
بقائه لانتقال الحق إلى التركة وهي عين لا تقبل التأجيل. والأجل حق الأصيل وفي حقه بقاؤه
فائدة لأنه في ذمته فلا يبطل حقه ببطلان حق غيره بغير رضاه. رجل اشترى أمة وقبضها
وكفل بثمنها رجل ونقد فاستحقت أو وجدت حرة أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد اتبع
الكفيل البائع لأنه ظهر أنه قبض بغير حق. أو المشتري لو كانت الكفالة بأمره لأنه بالأمر
ضمن له سلامة ما يؤدي. ثم يرجع المشتري على البائع لأنه ملك ما نقد الكفيل بأداء الضمان
ولو نقد خمسين دينارا عن دراهم بصلح أو بيع اتبع البائع بما دفع لا المشتري لأنه خالف
أمره فكان متبرعا. وخير البائع في الصلح برد الدنانير أو الدراهم لأن مبناه على الحط
فلا يلزمه الأعلى بقبض الأدنى بخلاف البيع فإنه يرد الدراهم لا محالة. ولو كفل بجياد
ونقد بنهرج رجع بالجياد على المشتري لأن الكفيل إذا أدى خلافه يرجع بما ضمن
لا بما أدى لأنه ملك الجياد التي في ذمته. وإن استحق اتبع البائع أو المشتري بالبنهرج
لأن الكفالة لما بطلت بقي الأمر بالأداء والمأمور بالأداء إنما يرجع بما يؤدي. وإن كفل
ببنهرجة لأن الأمر لم يتناول الزيادة. ولو استحق اتبع البائع بالجياد أو المشتري بالبنهرجة
لأنه متبرع في الجودة ورجع المشتري على البائع بالجياد لقيامه مقامه. وإن هلكت الأمة
قبل القبض وقد كفل بأمره رجع المشتري على البائع. ولا يرجع الكفيل على البائع لأنه لم
يظهر بطلان الكفالة. وكان الأداء بحكم كفالة صحيحة فصار ملكا للبائع ولم يبق للكفيل
عليه سبيل. وصار أداؤه بأمره كأداء المشتري فكان له حق الرجوع ثم يرجع الكفيل على
المشتري. وكذا الرد بخيار رؤية وشرط وعيب قبل القبض أو بعده بقضاء أو بغيره
لأنه يظهر عدم وجوبه. وصح صلح الفضولي مع البائع عن الثمن بالدنانير لأنه إسقاط

فصح

فصح كالخلع عن الأجنبي. لا بيعه أي لو باع بالثمن خمسين دينارا لا يصح لأنه غير واجب
عليه فكان تمليك الدين من غير من عليه الدين. والمأمور بقضاء الدين كالكفيل في كل ما مر
إلا أنه يرجع بما أدى والكفيل بالثمن وقد مر. وإنما يرجعان إذا ثبت قضاء الدين ببينة
أو بتصديق رب المال. فلو جحد رب الدين وأخذ دينه لا يرجعان على البائع لأن حق الرجوع ع
يثبت ضمنا للقضاء ولم يثبت نصا. وكذا المأمور ببيع عبد من رب دينه بدينه أو بصلحه
أو رهنه به. ولو قال ادفع إليه ألفا يقبضها أو ليقبضها على أني ضامن لك قصد الأمر في
الدفع وكذبه الطالب رجع المأمور على الآمر لأنه أمره بالدفع مطلقا. وقوله يقبضها
أو ليقبضها مشورة. بخلاف قوله فصالحه حيث لا يرجع المأمور عليه لأنه أمره بدفع
موصوف بالصفة أنه قضاء ولم يثبت الوصف. أودعه ألفا أو عبدا فأذن المودع للمودع
أن يقضي بالألف الوديعة دينه أو يصالح غريمه من دينه على العبد فقال فعلت وكذبه
غريمه وأخذ حقه من المديون بعدما حلف ضمن المديون الوديعة لأنه أقر بفعل يضمن
وهذا لأن دفع الأمانة إلى غير صاحبها سبب الضمان في الأصل. وإنما يخرج من أن يكون
سببا إذا كان الدفع بإذن صاحبها والإذن بجهة القضاء فإذا لم يثبت القضاء صار مضيعا
للأمانة فيضمن. بخلاف أمره ببيعه بدينه أو برهنه أي لو أذن رب العبد للغريم أن يبيعه
بدينه فقال بعت وسلمت وكذبه رب الدين وحلف عليه فإن المودع لا يرجع على المديون
لأن البيع وقع للآمر لأنه وكيل بالبيع فلا يضمن به ما لم يظهر قضاء الدين من ثمنه ولم يظهر. وكذا
قضاء الدين لا يقع بنفس الرهن وإنما يقع بالمقاصة عند هلاك الرهن فكان المديون في الرهن
والتسليم عاملا لصاحب العبد كما في فصل البيع. الأصل أن الكفالة بالنفس ليست بمال والكفالة
بالمال وإن كانت مضافة بمنزلة المريض فيما لا يتعلق به حق الورثة والغرماء كالصحيح
مريض أبرأ عن القود والكفالة بالنفس عن ابنه صح. وكذا عن أجنبي وعلى المريض
ديون لأن حق الغرماء والورثة يظهر في حق المال ولم يوجد. بخلاف الكفالة بالمال لأن
المستحق بها المال وكان وصية للوارث. حتى لو كفل بنفس رجل على أن يوافي به يوم كذا
فإن لم يواف به فعليه الألف الذي عليه فأبرأه عن الكفالتين في مرضه برئ عن النفس دون
المال. ادعى أنه كفل بنفس غائب فشهد غرماؤه يقبل إن لم يكن المدعي شريكا. صورته
ثلاثة نفر لكل واحد منهم على رجل ألف غير مشترك بينهم فشهد اثنان منهم للثالث
على رجل أنه كفل بنفس المطلوب يقبل لأنه لا حق لهما في المشهود به وإنما يحصل لهما
نفع التوصل إلى ملازمته اتفاقا لا بشهادتهما. وإن كان الدين مشتركا بينهم لا تقبل
شهادتهما لأن الشركة في أصل المال ثابتة فكانت شهادتهما لأنفسهما. رجل قال
لآخر ادفع إلى فلان ألفا أقرضه وهو يدعي على أني ضامن ففعل فالآمر مستقرض
والقابض وكيل لأنه أمره بدفع الألف مضمونا عليه وأن يكون كذلك إلا إذا كان
مستقرضا وكان الوكيل نائبا في القبض. ولو أراد عنه فالقابض مستقرض والآمر كفيل

لان الضمان عنه لا يصح الا بعد وجوب الضمان على الاصيل • وكذا لو قال اقرضه الفا على
اني ضامن لك امره باقراضه اياه وذا يستدعي ضمانا على القابض وقد جعل ضمانه على نفسه
فيجب الضمان عليه • ولو قال اعط الفا لم يضمن الامر الا ان يكون خليطه لان مقدمة الخلطة
اغنت عن اشتراط الضمان اذ الشركة وقعت على ان كل ما يدفع احدهما بامر صاحبه كان
استقراضا فيضمن الامر دون القابض • ولو قال ادفع الي او اعطني ضمن • ولو قال
على ان فلانا ضامن وقبل فهو كفيل • ولو قال اعطه الفا على اني ضامن فقال نعم اعطني
الفا على انه ضامن فالقرض على القابض والامر كفيله • ولو قال هب له الفا على اني ضامن
او هب لي الفا على انه ضامن فهو قرض على الضامن • اما المسألة الاولى فلان قوله على اني
ضامن يقتضي سببا ولا سبب هنا سوى القرض اذ لا ضمان على الموهوب له ليجعل هذا
كفيلا عنه فكانه قال اقرضه وادفعه الى فلان فانه وكيلي بالقبض ثم هو هبة له مني
واما الثانية فلان قوله هب لي لا يحتمل القرض فبقي قوله على انه ضامن بلا معارض فوجب
العمل به والصدقة كالهبة في المسألتين • ولو قال هب لفلان الفا عني ففعل لم يضمن
الامر لان الضمان غير مذكور وللامر ان يرجع على القابض لانه واهب له • وكذا
الصدقة • ولو قال اقض فلانا عني الفا او اعطه عني الفا فاعطاه اتبع الامر • لان قوله
عني للتمليك بعوض فكانه قال اقرضني ثم كن وكيلي بشراء ما في ذمته والاعطاء يستعمل اقبض
في القضاء يقال اعطني دينه اي قضاه • وان قال اقض فلانا الفا ولم يقل عني لا يرجع
على الامر اذا لم يكن خليطا له ولا في عياله • وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع عليه لانه امره
بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب فكان امرا بقضاء الدين ظاهرا والظاهر ان الانسان يامر
غيره بقضاء دين الامر لا بقضاء دين المامور فكانه قال اقض عني • ولابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انه يحتمل قضاء الدين عن نفسه ويحتمل قضاءه عن الامر فلا يثبت له الرجوع بالشك
كقوله ادفع اليه • الاصل ان اسلام الطالب يبطل الخمر اصلا لان امتناع التسليم جاء من
قبله لاسلامه واسلام المطلوب كذلك عند ابي حنيفة لتعذر التسليم • وعند محمد
رحمه الله لا يبطله بل يحوله الى القيمة • لان الامتناع ما جاء من قبل صاحب الحق بل جاء من
قبل من عليه الحق باسلامه فصار كالمسلم اذا استهلك خمر الذمي فانه يضمن القيمة كذا هنا
والكفيل مطلوب في حق الطالب طالب في حق المطلوب • نصراني اقرض مثله خمرا
فاسلم المقرض او اسلما معا بطل الخمر • ولو اسلم المستقرض وحده فكذا عند ابي يوسف
رحمه الله • وعند محمد رحمه الله يتحول الى القيمة • ولو كفل بها نصراني لا يتحول عليه
لعدم الغير • فان ادى الخمر رجع على الاصيل بقيمتها • لان الاصيل مطلوب في حق
الكفيل فاسلامه يوجب القيمة • فان اخذ الطالب القيمة من الاصيل برئ الاصيل
والكفيل • ولو اسلم الاصيل ثم كفيله صار ما على كل واحد قيمة لانهما مطلوبان
في حق المقرض ورجع الكفيل على الاصيل بالقيمة ان اخذ المقرض القيمة منه • لان الكفيل
ان كان

ان كان طالبا في حق الاصيل لكنه اسلم بعد ما صار الخمر قيمة على الاصيل • فان اسلم
الكفيل فقط يتحول ما عليه قيمة ويبقى على الاصيل عين الخمر • ولا يرجع الكفيل على
الاصيل ان اخذ القيمة من الكفيل • لان الكفيل طالب في حقه وقد اسلم وحقه قبله
في الخمر فبطل اصلا • وان اسلم الكفيل ثم المستقرض او اسلما معا طولبا بقيمتها ولا يرجع
الكفيل على الاصيل لانه حين اسلم الكفيل كان حقه في عين الخمر فبطل • ولو اسلم
المستقرض ثم المقرض ثم الكفيل يتحول ما على الاصيل قيمة • ويبرئ كفيله وبعكسه
بريا ان اسلم الكفيل ثم المقرض ثم المستقرض بريا • اما المستقرض فلاسلام الطالب
قبله • واما الكفيل فلان براءة الاصيل تتضمن براءة الكفيل • نصراني خالع نصرانيتين
على خمر على ان كل واحدة كفيلة فاسلم او اسلموا معا برئتا عن الكفالة وتحول ما عليهما
الى القيمة لبقاء السبب وهو الخلع وتعذر تسليم الخمر فيتحول الى القيمة • وان اسلمت احد بهما
يتحول ما عليها قيمة ويبقى ما على الاخرى خمرا فان ادت المسلمة القيمة لا ترجع على صاحبتها
لبطلان حقها في الخمر باسلامها • وان ادت الكافرة جميع الخمر ترجع على المسلمة بقيمة
ما ادت عنها من الخمر • لان المسلمة مطلوبة في حقها فاسلامها يوجب القيمة • وان اسلمتا
معا ولم يسلم الزوج يتحول ما على كل واحدة قيمة الكفالة والاصالة جميعا لانهما
مطلوبتان في حق الزوج وايهما ادت كل القيمة لا ترجع على صاحبتها بشيء • لانها طالبة
في حق صاحبتها فيما كفلت عنها • واسلام الطالب يبطل الخمر اصلا • ولو تعاقبتا يتحول
ما عليهما قيمة فان ادت المسلمة الثانية ترجع على صاحبتها بما ادت عنها • لان حقها
صار قيمة قبل اسلامها باسلام صاحبتها فلا يبطل باسلامها بعده وان ادت المسلمة
اولا فلا ترجع على صاحبتها لانها طالبة وقد اسلمتا اولا وحقها في عين الخمر فيبطل
اصلا • ولو اسلمت احداهما ثم الزوج ثم الاخرى تحول كل ما على الاولى قيمة لاسلام معا
قبل اسلام الزوج ولا ترجع على صاحبتها بشيء لما مر • وتحول قيمة ما على الاخرى اصالة
وبطل حق الزوج فيما عليها كفالة لاسلامه قبل اسلامها • نصراني صالح نصرانيين
عن دم له عليهما على خمر وكفل كل عن الاخر فهي كالخلع فيما مر بلا تفاوت
عبد بين نصرانيين كاتباه كتابة واحدة على خمر فاسلم احدهما صار الكل قيمة
وبقيت الكتابة • وكذا لو كان العبد لواحد فمات واسلم احد ورثته • وكذا
لو كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه فاسلم المولى او احدهما نظيره
كاتبهما او كاتبا عبدا لهما على رطب فانقطع وقضي بقيمته على احدهما صار ما
على الاخر قيمة اذ لو بقي رطبا لتفرقت الكتابة • اقرضاه رطبا فانقطع وقضي
لاحدهما بقيمة حصته فعاد زمان الرطب فحقه في القيمة لا في الرطب لان القاضي
نقل حقه من الرطب الى القيمة فلو قبضها اتبع شريكه غريمه بالرطب او اتبعه • وله
ان يشركه فيما اخذ من القيمة او يغرم له ربع الدين • وما بقي على الغريم من الرطب

يكون بينهما نصفين • كفل برطب وقضي بالقيمة على أصيله لانقطاع أوانه بقي على الكفيل عين الرطب ولا يتحول عنه لعدم المغير • وإن أخذ القيمة من الأصيل برئ الكفيل فإن أدى الرطب رجع على الأصيل •

كتاب الحوالة

الحوالة هي اسم بمعنى الإحالة يقال أحلت زيدا بماله على عمرو فاحتال أي زيد به على عمرو • فأنا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به وعمرو محال عليه • وتفرد المحتال في الفاعل بمحتول بالكسر وفي المفعول بالفتح • وقولهم للمحتال المحتال له لغو لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة • ويقال للمحتال حويل كذا في المغرب • وهي في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه • وهي جائزة بالديون قال عليه السلام من أحيل على ملي فليتبع به • والاتباع بالأمر دليل على الجواز • ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فيصح دفعا للحاجة • وخصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والنقل في الدين لا في العين لأن هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي يظهر أثره في المطالبة فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا • أما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج إلى النقل الحسي • وتصح في الدين برضى المحتال أي الدائن والمحال عليه أي الذي قبل الحوالة أما المحتال فلأن الدين حقه والدين ينتقل بالحوالة فلا بد من رضاه لتفاوت في الذمم • وأما المحال عليه فلأن الدين يلزمه فلا بد من التزامه • وأما رضى المحيل وهو المديون فليس بشرط ذكره في الزيادات لأنه لا ضرر له في التزام المحتال عليه الدين بل فيه نفعه لأن دينه يسقط لأنه يتصرف في حق نفسه والضرر بالرجوع عليه لم يكن بأمره وهذا لأن المحيل كالمكفول عنه • وتصح الكفالة بلا رضى المكفول عنه • فكذا تصح الحوالة بلا رضى المحيل • وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بقبول المحتال • وقال زفر رحمه الله لا يبرأ المحيل كما في الكفالة لأن المقصود بهما التوثق وذا في زيادة المطالبة كما في الكفالة لا في سقوط ما كان له من المطالبة • ولنا أن الأحكام الشرعية تكون على وفق المعاني اللغوية ومعنى الكفالة الضم فيقتضي أن يكون موجبها ضم الذمة إلى الذمة وذا لا يتحقق مع براءة ذمة الأصيل • ومعنى الحوالة النقل وذا لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل لأن الدين متى انتقل عن ذمة لا يبقى فيها • والاستيثاق يحصل يحصل باختيار من هو أملى من المحيل وأحسن منه في القضاء • ولا يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه لما أجبر على القبول إذا نقد المحيل كما لو تبرع إنسان بقضاء دينه لأنه يحتمل عود المطالبة إلى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا • فإن قيل هو متبرع حال أداء الدين إذ لا دين عليه في الحال قطعا وما ذكرت موهوم • قلنا المتبرع من يقصد الإحسان إلى الغير من غير أن يقصد دفع الضرر عن نفسه أصلا • وهذا ليس كذلك إذا قصد دفع الضرر عن نفسه حيث أسقط المطالبة من نفسه والحبس حال إعساره فلا يكون متبرعا • فلم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه • فإذا توي

على المحتال

على المحتال عليه عاد الدين إلى ذمة المحيل • وقال الشافعي رحمه الله لا يعود إلى ذمة المحيل وإن توي • لأن ذمته برئت براءة مطلقة لأنها برئت بالحوالة وهي مطلقة فلا تعود إلى ذمته إلا بسبب جديد • لأن الساقط لا يعود كما لو برئ بالإبراء • ولنا ما روي عن عثمان رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا في المحتال عليه إذا مات مفلسا • قال يعود إلى ذمة المحيل • وقال لا توى على مال امرئ مسلم • ولأن الغرض من شرع الحوالة التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب • لأن الذمم لا تختلف في الوجوب وإنما تختلف في حق الإيفاء • فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الأول لكنها إنما المطلوب • فإذا لم تحصل المشروط عاد حقه في الأصيل كما كان • ولأن البراءة حصلت بطريق الانتقال • وإذا لم يسلم له من المحل الذي ينتقل إليه يعود حقه إلى المحل الذي انتقل عنه • كما لو اشترى بالدين شيئا وهلك قبل القبض فإن حقه يعود في الدين كما كان فكذا هنا • والجامع أنها سبب يحتمل الفسخ حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت كما أن ذلك السبب يحتمل الفسخ • والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين إما أن يجحد عليه المحتال الحوالة ويحلف على ذلك ولا بينة للطالب على ذلك أو يموت المحال عليه مفلسا ولم يترك كفيلا • لأن التوى ما يتحقق عند العجز عن الوصول إلى الحق وقد تحقق بكل واحد منهما • وقالا هذان ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته • وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده لأن المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا وبالعكس • وعندهما يتحقق حتى يعتبر في حق إخراجه من السجن فكذا في حق غيره • وإن مات المحتال عليه مفلسا وترك كفيلا عنه بأمره أو بغير أمره لا يعود الدين إلى ذمة المحيل • لأنه ترك ذمة تطالب بالدين كذمته ففات التوى • وإن ترك رهنا عند غيره بأمره وسلطه على البيع أو لم يسلطه يعود الدين إلى ذمة المحيل لأن عقد الرهن لم يبق بعد موت المحتال عليه مفلسا لأنه لما مات مفلسا لم يبق الدين والرهن بالدين ولا دين محال • وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما احتال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين ولا يقبل قوله لتحقق سبب الرجوع المحال عليه لأنه قضى دينه بأمره وهو سبب الرجوع • ثم المحيل يدعي على المحتال عليه دينا وهو ينكره والقول للمنكر لأن الأصل فراغ الذمم • وإذا قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي وكنت وكيلي في قبض ما لي على فلان ولا شيء لك علي • فقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول للمحيل لأن الفراغ أصل في الذمم والمحيل متمسك بالأصل والمحتال متشبث بالعارض فكان اعتبار الأصل أحق • فإن قيل إذا أحاله فقد أقر بالدين لأن الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة • قلنا الحوالة تستعمل في نقل التصرف على نقل التوكيل • ولهذا قال محمد رحمه الله إذا أصاب مال المضاربة يود دينا على الناس وامتنع المضارب عن التقاضي فقال له أحل رب المال على الغرماء •

أي وكله ويستعمل في نقل الديون فلم يكن حجة للمحتال على أن المحيل صار مقترضاً بالدين
لما كان محتملاً وكان القول قول من أنكره مع يمينه ووجب القول بالأدنى وهو التوكيل
الأصل أن الحوالة نوعان مقيدة بدين على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو وديعة
أو غير ذلك ومطلقة بأن يرسل الحوالة إرسالاً ولا يقيدها بدين أو عين أو تحيله
على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له والحوالة المقيدة كما تبطل بموت المحتال
عليه مفلساً تبطل بفوات ما قيدت به الحوالة إذا كان الفوات لا إلى خلف أما إذا كان
الفوات إلى خلف فلا تبطل الحوالة لأن الفوات إلى خلف كلا فوات رجل أحال طالبه
على مديونه ليعطيه من دينه أو وديعته أو غصبه صحت لأن الحوالة المقيدة
تتضمن أمرين جائزين عند الانفراد وهو توكيل المحتال بقبض الدين أو العين
من المحتال عليه وأمر المحتال عليه بتسليم ما عنده أو عليه إلى المحتال فكذا عند الاجتماع
ولا يأخذ المحيل ذلك من المحتال عليه بتسليم ما عنده أو عليه إلى المحتال به كالراهن
فإنه لا يملك الراهن مطالبته لتعلق حق المرتهن به وليس للمحتال عليه أن يدفعها إلى المحيل
لما ذكرنا فإن دفع ضمن للمحتال لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال وإن مات المحيل
وعليه ديون قبل أن يقبض المحتال دين الحوالة فالدين الذي للمحيل على المحتال عليه يقسم
بين غرماء المحيل والمحتال أسوة الغرماء فيه وعند زفر رحمه الله كان ذلك
على المحتال على الخصوص لأنه أخص به في حياته فكذا بعد مماته كالمرتهن في حق المرتهن
ولهذا لم يملك المحيل إبطاله بالإبراء والهبة ولنا أن الدين في ذمة المحتال عليه
على ملك المحيل قبل قبض المحتال لأنه لو صار ملكاً له لكان تمليك الدين من غير من عليه
الدين ولهذا لو بطل دين المحتال بالإبراء كان المحيل أحق به وإذا بقي على ملك المحيل
صار بين غرمائه بالحصص ولم يختص المحتال به لأن الاختصاص بملكه رقبة أو يداً
والدين على الغير لا يقبل التمليك بوجه ما بخلاف الرهن لأنه ملكه يداً لكونه بقبضه
صار مستوفياً من وجه فكان أخص به من سائر الغرماء وإذا قسم الدين بين غرماء
المحيل لا يرجع المحتال بحصة الغرماء على المحتال عليه لأن الحوالة كانت مقيدة بدين
كان عليه وقد استحق ذلك فتبطل الحوالة لفوات ما قيدت به ولو هلكت الوديعة
أو استحق المغصوب أو الوديعة بطلت الحوالة أما إذا هلكت الوديعة فلأن المحتال
عليه التزم الأداء من محل بعينه فلا يلزم الأداء من محل آخر فيبرأ بهلاكها وكذا
لو استحقت الوديعة بعده وأما إذا استحق المغصوب فلأنه وصل إلى مالكه ووصول المغصوب
إلى مالكه يوجب براءة الغاصب عن الضمان ففات ما تقيدت به الحوالة لا إلى خلف
فتبطل الحوالة وإن هلك المغصوب لا تبطل الحوالة لأنه فات إلى خلف وهو الضمان
والخلف يقوم مقام الأصل وكأن المغصوب قائم معنى فلا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة
لأنها هلكت لا إلى خلف لأن الوديعة أمانة وبالحوالة لا تخرج من أن تكون أمانة

وهلاك

وهلاك الأمانة لا يوجب الضمان على الأمين فما تقيد به الحوالة فات صورة ومعنى فتبطل
الحوالة ولو أحال حوالة مطلقة لا يتعلق حق المحتال بالدين الذي للمحيل على المحتال عليه
ولا بالوديعة والغصب الذي عنده بل بذمة المحال عليه ويجب عليه أداء دين المحتال
من مال نفسه وللمحيل أن يقبض دينه ووديعته وغصبه من المحتال عليه ولا تبطل الحوالة
بأخذه ولو مات المحيل قسم دينه ووديعته وغصبه الذي قبل المحتال عليه بين غرمائه
دون المحتال لأن المحتال بالحوالة صار غريم المحتال عليه ولم يبق غريم المحيل بخلاف
الحوالة المقيدة لأن هناك لو لم يشاركهم ابتداء لشاركهم انتهاء لأن الحوالة تبطل بفوات
المقيد فيعود الدين على المحيل فيصير غريم المحيل وهنا لا يجد فيه فإذا أدى المحتال عليه دين
الحوالة من مال نفسه رجع على المحيل وصار غريماً له فيخاصم غرماءه فيما أخذوا ولو كانت
الحوالة مقيدة بدين للمحيل على المحتال عليه فأبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة رجع المحيل
بدينه على المحتال عليه لأن دينه بعد الحوالة باق على ملكه وإنما لم يملك قبضه لأنه
تعلق به حق المحتال فإذا انتهى الحق بالإبراء فله أن يرجع ولو وهب المحتال للمحتال عليه أو مات
المحتال فورثه المحتال عليه لا يرجع المحيل على المحتال عليه بدينه لأن المحتال عليه ملك الدين بالهبة
أو الإرث فصار كأنه ملكه بالأداء فيرجع إذا لم يكن للمحيل عليه دين لأنهما من أسباب الملك
بخلاف الإبراء لأنه إسقاط لا تمليك فلم يملك المحتال عليه ما في ذمته بالإبراء وإن لم يكن للمحيل
على المحتال عليه دين ففي الهبة والإرث يرجع المحتال عليه على المحيل لأنه ملك دين الحوالة بالهبة
والميراث وفي الإبراء لا يرجع لأنه لم يملك شيئاً وإن كانت الحوالة بلا أمر المحيل لا يرجع
المحتال عليه على المحيل في الهبة والإرث كما لا يرجع لو ملكه بالأداء ولو وهب
المحتال دين الحوالة للمحيل أو مات المحتال فورثه المحيل رجع على المحتال عليه لو كانت
الحوالة بلا أمره لأنه ملك ديناً وقام مقامه فيرجع ولو كانت بأمره لا يرجع المحيل على
المحتال عليه لأنه لو رجع المحيل على المحتال عليه لرجع المحتال عليه على المحيل لأنها بأمره
فلا يفيد الرجوع وهب الدين الكفيل بأمره رجع على الأصيل وإن كانت بلا أمره
لا يرجع اعتباراً بما لو ملكه بالأداء ولو أدى المحتال عليه دين الحوالة المقيدة
بدين عليه في مرض المحيل ثم مات المحيل وعليه ديون فالمحتال يكون أخص بما قبض
لأن المحتال عليه أداه من مال نفسه لا من مال المحيل إذ الديون تقضى بأمثالها وما على المحتال
عليه بينه وبين غرماء المحيل لأن ما عليه من تركة المحيل يقسم بين غرمائه
والمحتال عليه منهم ولو كانت الحوالة مقيدة بوديعة أو غصب عند المحتال عليه
فدفع المحتال عليه إلى المحتال في مرض المحيل ثم مات صح لأنه وافق أمره ولم يسلم
للمحتال لأن غرماء المحيل يتبعون المحتال فيأخذون منه حصصهم لأنه عين مال
المحيل وهو قد تعلق به حق الغرماء بمرضه فإن حبس المودع الوديعة وأدى من مال نفسه
لم يكن متبرعاً استحساناً لحصول مقصود الآمر وكان إذناً له دلالة كالوكيل

بالشراء وبالانفاق على عيال الموكل او بقضاء الدين اذا انفق وقضى من مال نفسه وعنده
مال الموكل فانه لا يكون متبرعا استحسانا. مكاتب احال سيده ببدل كتابته على رجل
مطلقة بطلت لان دين الكتابة ثابت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الحوالة والكفالة
ولو كانت الحوالة مقيدة بدين او وديعة او غصب صحت وتكون توكيلا للمحتال
عليه باداء بدل الكتابة من مال المكاتب الذي عنده او عليه. واذا صحت الحوالة بري
المكاتب وعتق فان توي ما على المحتال عليه او عنده قبل الاداء بطلت الحوالة وعاد بدل
الكتابة على المكاتب وبقي العتق لانه لا يحتمل الفسخ. وان احال سيده غريمه على مكاتبه
ولم يقيده ببدل الكتابة لا تصح لما مر. وان قيده ببدل الكتابة صح وصار المكاتب
وكيلا عن السيد باداء بدل الكتابة الى غريمه ولا يعتق ما لم يؤد. فان مات
سيده قبل ادائه وعليه ديون فبدل الكتابة بين غرماء السيد والمحتال من جملتهم
لما مر ان المحتال لا يملك قبل القبض. وان باع المكاتب من سيده عبدا ببدل الكتابة
صح ووقعت المقاصة بين الثمن وبين بدل الكتابة وعتق. فان مات العبد المبيع
قبل القبض بطل البيع وعاد بدل الكتابة على المكاتب ولا يبطل العتق لما مر. وكذا
لو سلم العبد المبيع فاستحق لان بدل المستحق مملوك اذا كان مقبوضا وبدل الكتابة
في بدل العبد لانه في ذمته فملكه فسقط عنه فيعتق. وان استحق العبد قبل التسليم
الى المولى لم يعتق المكاتب لانه لم يملك ما في ذمته لان ما في ذمته بدل المستحق فلا يملك
قبل التسليم للمستحق فلا يعتق. وان ابرأ السيد المكاتب بعد الحوالة عليه بري
وعتق ولا تبطل الحوالة عندنا خلافا لزفر رحمه الله. وكذلك اذا احال البايع غريمه
على المشتري بالثمن ثم انفسخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض او بسبب هو فسخ من كل
وجه كالرد بخيار رؤية او شرط او عيب قبل القبض او بعده بقضاء لا تبطل
الحوالة عندنا خلافا لزفر رحمه الله. له ان الحوالة مقيدة بالثمن وقد بطل الثمن فصار
كما لو استحق العبد او وجد حرا. ولنا انه قيده بالثمن ولم يظهر ان الثمن لم يكن
واجبا ليظهر بطلان الحوالة بل يسقط للحال بالفسخ فلا يظهر ذلك في حق الغريم
المحتال بخلاف الاستحقاق والحرية لانه يظهر ان الثمن لم يكن واجبا اصلا
اصلا فلم يثبت ما قيد به. والبايع اذا احال غريمه على المشتري بالثمن بطل حق حبس
المبيع لاجل الثمن لسقوط مطالبته. وكذا المرتهن اذا احال غريمه على الراهن بما عليه
بطل حقه في حبس الرهن وان احال المشتري او المديون البايع او المرتهن على رجل لا يبطل
حق البايع والمرتهن في حق الحبس لان الرهن وثيقة في دين المرتهن ودينه باق
فبقي حق الحبس. وقوله كالمرتهن راجع الى المسئلتين كما ذكرنا. كفل رجل عن رجل
على ان يبري الطالب غريمه المحتال او على ان يهب للكفيل او للاصيل عينا او على ان
يهب الطالب الدين للاصيل بطلت الكفالة لانه شرط مخالف لمقتضى العقد. عبد مات

في يد رجل

في يد رجل اقر انه غصب من زيد فعليه قيمته لزيد فان برهن رجل على ان العبد له.
فقيمته لمن برهن ولا شيء لزيد على المقر لان ما اقر له صار مستحقا بالبينة. فان وهب
المرتهن تلك القيمة في صحته للمقر او مات فورثها المقر او ورث مثلها او اوصى له بها او بمثلها
ردها على زيد لانه ظهر ان ما اخذه المرتهن حق المقر له وانه اخذه بغير حق فصار دينا
له عليه وما وصل اليه وصل بالارث او الوصية والدين مقدم على الارث والوصية.
وان وهب له مالا آخر في صحته فلا حق فيه للمقر له لان الدين لا يتعلق بماله في صحته. احال
بدينه فرهن لا يصح. ولو عكس بطل حتى كان له ان يسترد الرهن لانه بالحوالة بري
عن الدين فلم يبق الرهن. فلو هلك الرهن في يد المرتهن قبل ان يسترده الراهن يهلك
مضمونا بالدين لان ضمان الرهن بالقبض وهو باق. ويرجع الراهن بقيمة الرهن في تركة
المحتال عليه ان لم يتبرع لانه قضى دينه بامره فيرجع عليه. وان كان الراهن متبرعا
في الرهن لا يرجع على احد لانه تبرع بقضاء دين المحتال عليه. رجل كفل بمال عن رجل
بامره فاحال الطالب غريمه على الكفيل ليؤدي من دين كفالته صح وسقط مطالبة
المحيل عن الكفيل لقيام المحتال مقام المحيل في المطالبة فينقطع عنه مطالبة المحيل. وللطالب
ان يطالب الاصيل لان سقوط المطالبة عن الكفيل لا توجب سقوطها عن الاصيل. فلو
ادى الاصيل دينه بريا وبقيت الحوالة خلافا لزفر رحمه الله. فلو ادى الكفيل المال الى المحتال
رجع به على المحيل فقط لانه ادى دينه بامره. ولو احال الطالب غريمه على الاصيل صح.
وسقطت مطالبته عن الاصيل والكفيل لان سقوط المطالبة عن الاصيل توجب سقوطها
عن الكفيل. ولو قضى المحيل دين المحتال بنفسه صح لانه بالحوالة لم يبرأ عن الدين
براءة تامة لاحتمال ان يعود اليه. وطولب الاصيل والكفيل لزوال المانع. وكذا
لو ابرأ المحتال المحال عليه عن الدين يسقط دين الحوالة عن المحيل والمحال عليه. وعاد
مطالبة المحيل على الاصيل والكفيل لزوال المانع. وان احال غريمه على الاصيل والكفيل
معا او بدا بالكفيل صحتا. اما في الثاني فلان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل
وقد وجدت الحوالة والدين قايم فيصح. وكذا في الاول لانهما وجدتا والدين
قايم وصحة الحوالة على الكفيل مقيدة ثم تنقلب مطلقة لبراءته عن دين الكفالة
بالحوالة على الاصيل. ويرجع على المحيل دون الاصيل ان ادى لانه قبل الحوالة بامر المحيل لا
بامر الاصيل. وان بدا بالحوالة على الاصيل ثم على الكفيل صحت حوالة الاصيل دون
الكفيل لانه لما صحت الحوالة على الاصيل بري عن المحيل حكما وبري الكفيل حكما لبراءة الاصيل
فقد وجدت الحوالة على الكفيل متعلقة بالدين ولا دين فلا يصح. صالح المحال عليه على
زيف صح والجياد له لانه ما ملك ما في ذمته كالكفيل بخلاف الصلح عن بعض الدين
لانه ابراء عن الباقي لا معاوضة تفاديا عن الربو. رجل له على آخر مائة بهرجة ولمن
عليه البهرجة على آخر مائة جياد. فاحال من عليه البهرجة رب دينه على مديونه بجياد

ليأخذ هاهنا مكان البهرجة والمحال عليه غائب لم يصح وإن أجاز ولو كان حاضرا
وقبل صح استحسانا لتعذر اعتبار حوالة لعدم الجياد على المحيل وانقلاب البهرجة
جيادا لا يكون إلا بالصرف فصار كأن المحيل قال اشتريت البهرجة التي لك
علي بما لي جياد على أن أحيلك بها على فلان فكان صرفا بين المحيل والمحتال بشرط الحوالة
وبطل بافتراق المحيل والمحتال لأن الصرف جرى بينهما وإن افترقا قبل أن أدى المحتال عليه
الجياد صح لأن الحوالة إن بطلت بقي الأمر بالأداء وبرئ المحتال عليه عن دين المحيل المقاصة
ولا يرجع المحيل على المحتال بالجياد بقبضه بعد فساد الصرف كما لو أدى بنفسه
ثم يرجع المحيل على المحتال بقضاء دينه وهي البهرجة وكذا لو صالحه على جياد على أن
يضمن فلان أو يحيل على فلان ولا دين عليه رجل له على آخر مائة درهم فكفل بها رجل
ولمال الكفيل الطالب على رجل حوالة مطلقة برئا لأن الحوالة أضيفت إلى مال الطالب
ومال الطالب في الحقيقة على الأصيل فأوجبت الحوالة براءة الأصيل ومن ضرورة براءته
براءة الكفيل وإن شرط براءة الكفيل خاصة فهو كما شرط لأن براءة الكفيل
لا توجب براءة الأصيل وكذا إن صالح الكفيل أو أجنبي عن الألف على خمسمائة إن أطلق
برئا وإن قيد براءة الكفيل خاصة فهو كما قال رجل له ألف نقد بيت المال وعليه زيوف
فأحال رب الزيوف على الذي عليه الجياد على أن يعطيه الجياد أو على أن يعطيه الزيوف
والجياد له بطلت أما الأول فلأنه لا يمكن تصحيحه حوالة لأنه شرط إيفاء الزيوف من
الجياد وذا لا يتصور فلا يمكن إيفاؤه وتصحيحه صرفا لأنه مصارفة بينهما بدين على المحتال
عليه والبيع بالدين على الغير باطل لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأما الثاني
فلأنه صرف بين المحيل والمحتال عليه بشرط أن يكون القابض غير المحيل فبطل كما لو
شرط البائع أن يحيل على المشتري غريما ولو كانت الدراهم وديعة عند المحتال عليه أو غصبا
وهي قائمة صحت لأنها صرف مضاف إلى العين فصار كما لو اشترى بدراهم وديعة في يد
الغير فإن أدى رجع على المحيل لأنه أدى بأمره أو على المحتال لأنه أدى إليه بحكم حوالة فاسدة
ولو صالح المحيل المحتال عليه من الجياد على زيوف على أن يحيل بها عليه صاحب الزيوف صح
لأنه حط من المحيل عن المحتال عليه فلا يبطل بالشرط له زيوف وعليه جياد فأحاله على أن يأخذ
الزيف صح لأن صاحب الجياد أبرأ المحيل عن الجودة بشرط أن يحيله بالباقي على غريمه
ولو أبرأه عن بعض الوزن حتى يحيله بالباقي على غريمه صح فلأن يصح هنا أولى وكذا لو
صالح المحيل على المحتال من الجياد على الزيوف على أن يحيل بها على فلان جاز فإن مات المحتال
عليه مفلسا رجع الزيف على المحيل لأن المحتال عليه حط الجودة على المحيل دراهم ودين
المحيل دنانير فأحاله على أن يعطيه الدنانير أو على أن يعطيه دراهم من الدنانير التي عليه
بطلت لأنه صرف بين المحيل والمحتال عليه وكان شراء بالدين من غير من عليه الدين إلا أن تكون
الدنانير وديعة أو غصبا وهي قائمة لما مر أحال غريمه على رجل على أن يعطيه ثمن دار المحتال عليه

صحت الحوالة لأنه أحال بما يقدر على إيفائه لأنه يملك بيعها ولا يجبر على البيع لعدم الوجوب قبل
البيع ولو باع يجبر على الأداء ولو أحال على أن يعطيه من ثمن دار المحيل لا يصح لأنه لا يقدر على
بيعها إلا إذا أمره بالبيع كفل ببدل الصرف وأدى في مجلسه صح لأنه دين كسائر الديون ولا
يبطل بمفارقة الكفيل فإن أبرأهما بري الكفيل قبل أو رد لأنه إسقاط محض كالطلاق و
لا الأصيل إن لم يقبل لأنه في حقه فسخ للصرف لأن القبض يشترط في المجلس ولهما أن يفسخاه فإن
كان مكان الكفالة حوالة فأبرأ المحتال المحتال عليه صح قبل أو لا وبطل الصرف ولو كانت
الحوالة بلا أمر المحيل لا يبطل الصرف ما لم يقبل رجل له على آخر ألف جياد فقال له أعطني بهرجة
صح لأنه حط وكذا لو قال اقض عني هذا الغائب بهرجة باع بشرط أن يحيل على المشتري
بالثمن غريما له بطل لأنه شرط لا يقتضيه العقد ولو باع بشرط أن يحال بالثمن بلع صح لأنه
يؤكد موجب العقد إذ الحوالة في العادة إنما تكون على الأملى والأحسن قضاء فصار كشرط
الجودة وكره السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وقد نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا وصورته أن يدفع إلى تاجر عشرة قرضا ليدفعه
إلى صديقه ليستفيد به سقوط خطر الطريق فإن لم تكن المنفعة مشروطة ولا كان فيه
عرف ظاهر فلا بأس به وهو في معنى الحوالة لأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض

كتاب القضا

هو لغة عبارة عن الإحكام قال وعليهما مسرو دتان قضاهما
وعن الإلزام شريعة وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله
والسنة فإنه عليه السلام قضى وولى عليا ومعاذا رضي الله عنهما والإجماع والمعقول
ففي القضا بالحق إظهار العدل وبه قامت السموات والأرض ودفع الظلم عن الجاهل وهو ما
يدعو إليه عقل كل عاقل وإنصاف المظلوم الملهوف والنهي عن المنكر والأمر بالمعروف
ولأجله بعث الرسل والأنبياء عليهم السلام وكان عليه الخلفاء والعلماء وأهله أهل الشهادة
لأن كل واحد منهما من باب الولاية إذ كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير ولأن كل
واحد منهما إلزام فالشهادة ملزمة على القاضي والقضا ملزم على الخصم فما يشترط لأهلية
الشهادة يشترط لأهلية القضا ومن صلح شاهدا صلح قاضيا وإلا لا والفاسق أهل
للقضا حتى لو قلد صح إلا أن الأولى أن لا يقلد الفاسق لأنه لا يؤتمن عليه لقلة مبالاته بواسطة
فسقه كما في حكم الشهادة فإن الأولى أن لا يقضي القاضي بشهادة الفاسق ولو قضى نفذ عندنا
ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينعزل ويستحق العزل في ظاهر المذهب
وقال القاضي فخر الدين رحمه الله أجمعوا أنه إذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال
إذا أخذ القضا بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز قضاء الفاسق كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر أنه لا يجوز
قضاؤه وقال بعض مشايخنا إذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل
بالفسق لأن المقلد اعتمد عدالته فلم يرض بقضائه بدونها وقيل لا يصلح الفاسق مفتيا

لأن مبناه على الأمانة والاحتراز عن الخيانة. وقيل يصلح لأنه يحتاط فيه كيلا ينسب
إلى الخطأ. والمجتهد أحب من غيره. فالاجتهاد شرط الأولوية. حتى يصح تقليد القضاء الجاهل
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله. له قوله عليه السلام القضاة ثلاثة قاضيان في النار
وقاض في الجنة. أما اللذان في النار فالجاهل والجائر. وأما الذي في الجنة فالعالم العادل.
لأنه مأمور بالقضاء بالحق ولا أمر بلا قدرة بلا علم. ولنا أن المقصود إيصال الحق إلى المستحق
وذا يحصل إذا عمل بفتوى غيره. والحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع إلى العلماء
وينبغي للمقلد أن يختار للقضاء من هو أقدر عليه وأولى به ولا يكون فظا غليظا جبارا عنيدا
لأنه خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في القضاء. وقال عليه السلام من قلد غيره عملا
وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وخان جماعة المسلمين. وعمل القضاء
من أهم أمور الدين وأعمال المسلمين. وأصح ما قيل في أمر المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب
والسنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها. وأن يكون مصيبا في القياس عالما بعرف الناس
على ما بيناه في أصول الفقه. وقيل أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليتمكن من القياس
فيما لا نص فيه. إذ الحوادث ممدودة والنصوص معدودة. أو صاحب فقه له معرفة
بالحديث كيلا يشتغل بالقياس في موضع النص. وقيل وأن يكون صاحب قريحة يعرف
بها عادات الناس. لأن القياس قد يترك بالعرف. ألا ترى أن الاستصناع جوز عرفا بخلاف
القياس. ويكره التقليد لمن يخاف الحيف منه وإن أمن منه لا يكره. والأصل أن القضاء
فريضة محكمة وسنة معتبرة متبعة قد باشره الصحابة والتابعون رضوان الله عليهم
أجمعين وقضى عليه الصالحون رحمهم الله. ولكنه فرض كفاية لأنه ما فرض لعينه بل
لغيره وهو قطع المنازعات بين العباد ودفع أسباب العبث والفساد. وهذا يحصل
بإقامة البعض فلا معنى للوجوب على الكل. ولكنه إنما يباح الدخول في القضاء لمن يثق بنفسه
أنه يؤدي فرضه. ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف
فيه. وقيل يكره الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء فكأنما ذبح بغير
سكين. وقيل قلد داود بعض القضاة وقال كيف يكون هذا ثم دعا في مجلسه من يسوي
شعره فجعل الحلاق يحلق بعض أشعار ذقنه إذ عطس فأصابه الموسى وألقى رأسه بين
يديه. وكان في بني إسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة فإنه بن جعل له النبوة. فإذا
اشتغل بالقضاء أيسوا من نبوته. وقد تحرز أبو حنيفة رحمه الله تعالى عن تقلده بعد ما حبس
وضرب لأجله مرارا. وقال البحر عميق فكيف أعبر بالسباحة. فقال أبو يوسف رحمه الله
البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم. فقال كأني بك قاضيا. والصحيح أن الدخول في
القضاء رخصة طمعا في إقامة العدل ففي الحديث عدل ساعة خير من عبادة سنة. والامتناع
عنه عزيمة لأنه مأمور بالقضاء بالحق. وربما يظن في الابتداء أنه يقضي بالحق ثم لا يقدر عليه
في الانتهاء. ولأنه لا يمكنه القضاء إلا بإعانة غيره يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق المسلمين

ودفعا للظلم الظالمين. والحديث محمول على من كان طالبا للقضاء. وينبغي أن لا يطلبه ولا
يسأله لقوله عليه السلام من سأل القضاء وكل إلى نفسه. ومن أجبر عليه نزل ملك
يسدده. أي يلهمه الرشد ويوفقه للصواب. ولأن من سأل القضاء فقد اعتمد على
علمه وورعه وفطنته فصار معجبا فلا يلهم الرشد فيحرم التوفيق. ومن أكره عليه
فقد اعتصم بحبل الله تعالى وتوكل عليه. ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم
الرشد ويوفق الصواب. ويجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر كما يجوز من العادل
فالصحابة رضوان الله عليهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه بعد ما أظهر الخلاف مع علي
رضي الله عنه والحق كان مع علي رضي الله عنه في نوبته. والتابعون رضي الله عنهم تقلدوه
من حجاج وكان جائرا فقد قال الحسن رضي الله عنه فيه لو جاء كل أمة بخبيثها
وجئنا بحجاج لغلبناهم بالحجاج. ولكن إنما يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر إذا كان
يمكنه من القضاء بحق. أما إذا كان لا يمكنه فلا. لأن المقصود لا يحصل بالتقليد منه
ومن تقلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وديوان القاضي الخرائط التي فيها
نسخ السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الأوصياء والقيم في أموال الوقف
وتقدير النفقات. وهذا لأن القاضي يكتب نسختين إحداهما تكون في يد الخصم
والأخرى تكون في ديوان القاضي لأنه ربما يحتاج إليها لمعنى من المعاني وما في يد
الخصم لا يؤمن عليه من الزيادة والنقصان ثم البياض الذي كتب عليه القاضي المعزول
هذه النسخ إن كان من بيت المال يجبر على الدفع لأن ذلك إنما كان في يده لعمله وقد
صار العمل لغيره فلا يترك في يده. وكذا إن كان من ماله أو مال الخصوم في الصحيح
لأنه ما اتخذه للتمول بل للتدين وكذا الخصوم تركوا ذلك في يده لعمله وقد تحول العمل
إلى غيره. ويبعث رجلين من ثقاته ليقبضا ديوانه بحضرة القاضي المعزول شيئا فشيئا
فما كان من نسخ السجلات يجمعن في خريطة وما كان من نصب الأوصياء في
أموال اليتامى يجمعن في خريطة. وما كان من تقدير النفقات يجمعن في خريطة
وما كان من نسخة قيم الأوقاف يجمعن في خريطة وما كان من الصكوك يجمعن
في خريطة. لأن هذه النسخ كانت تحت تصرف القاضي المعزول فلا يشتبه عليه شيء
من ذلك متى احتاج إلى شيء من ذلك فأما القاضي المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمعا كل
نوع في خريطة. ولو احتاج إلى نوع منها يحتاج إلى تفتيش جميعها. وإنما يسألان القاضي
المعزول وإن لم يكن قوله حجة لالتحاقه بواحد من الرعايا لينكشف عليهما ما أشكل عليهما
ومتى قبضا ذلك يختما على ذلك احترازا عن الزيادة والنقصان. وينظر في حال المحبوسين
لأنه نصب ناظرا للمسلمين فمن أقر بحق أو أنكر فقامت عليه البينة ألزمه إياه. ولا يقبل
قول المعزول عليه إلا ببينة لأنه صار كواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة خصوصا
إذا كانت على فعل نفسه. وإلا لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه. أي يأمر مناديا ينادي

كل يوم إذا جلس من كان يطلب فلان ابن فلان المحبوس الفلاني فليحضر حتى يجمع بينه وبينه. فإن حضر وإلا فمتى رأى القاضي أن يطلقه ينادي كذلك أياما. فإن حضر خصم واحد منهم جمع بينه وبينه. وإن لم يحضر تأنى في ذلك أياما على حسب ما يرى القاضي. فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلا بأنفسهم وأطلقهم. وينظر في الودائع وغلات الوقف فيعمل على ما تقوم به البينة أو ألزمه إقراره. لأن كل ذلك حجة ولا يعمل بقول المعزول لما مر. إلا أن يقر ذو اليد أن المعزول سلمها إليه لأنه يثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي كأنه في يده في الحال. ولأن من في يده مال إذا أقر بذلك المال لإنسان يقبل إقراره. إلا إذا بدأ ذو اليد بالإقرار لغيره فيسلم إلى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن للقاضي المعزول قيمة ذلك العين أو مثله بإقراره لأن اليد كانت له فيأخذ المعزول ويسلم إلى الذي أقر القاضي له. ويجلس في المسجد للقضاء والمسجد الجامع أولى. لأن مجلس القاضي ينبغي أن لا يكون مخفيا على الغرباء وأهل البلد. والمسجد الجامع في كل بلد أشهر المواضع ولا يخفى على أحد. وقال الشافعي رحمه الله يكره الجلوس في المسجد لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى إنما المشركون نجس. والحائض وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد. ولأنه بني لذكر الله تعالى لا للخصومات الصادرة عنه. ولنا قوله عليه السلام إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم. فسوى بينهما وكان عبادة كالصلوة. فيقام فيها كالصلوة. وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل بين الخصوم في معتكفه. والخلفاء الراشدون رحمهم الله كانوا يجلسون في المسجد لفصل الخصومات. ونجاسة المشرك في اعتقاده لا على ظاهر بدنه فيجوز دخوله فيه. والحائض مسلمة تحترز عن دخول المسجد ظاهرا فتخبر بأنها حائض فيخرج القاضي إليها فينظر في خصومتها أو تأتي إلى باب المسجد. كما لو وقعت الخصومة في دابة فإنه يخرج القاضي لسماع الدعوى والشهادة من الشهود والإشارة إليها. كذا هنا أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها. ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس في الدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك. لأن الجلوس وحده في داره يورث التهمة. ولا يقبل هدية لأن هدايا الأمراء غلول إلا من ذي رحم محرم لأنه من صلة الرحم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته. لأنه لا يصير آكلا بقضائه بل باعتبار المعتاد بينهما. ولو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته أيضا وكذا لو زاد المهدي على المعتاد يرد الزيادة لأنه إنما زاد لأجل القضاء. وكذا الذي وقعت له خصومة لا يقبل أيضا للتهمة. ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأنه عليه السلام كان يقضي بين الناس ويجيب الدعوة. وكان يقول من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم. ولأن الدعوة إذا كانت عامة لا يكون القاضي مقصودا. بخلاف ما إذا كانت خاصة لأن المقصود هو القاضي حينئذ فيصير آكلا بقضائه. والصحيح أن المضيف لو علم أن القاضي

لا يحضرها

لا يحضرها لا يتخذها فهي خاصة وإن كان يتخذها فهي عامة. وإن كان بين القاضي وبين المضيف قرابة يجيبه وإن كانت الدعوة خاصة. لأن إجابة دعوته صلة الرحم كذا ذكر الخصاف بلا خلاف. وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب. وإنما لم يجب الدعوة الخاصة للأجنبي إذا لم يتخذ الدعوة لأجله قبل القضاء. ويشهد الجنازة ويعود المريض. لأنهما من حقوق المسلم على المسلم. قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر منها هذين وحق المسلم لا يسقط عنه بتقلد القضاء. لكنه لا يطيل مكثه في ذلك المجلس. وهذا إذا لم يكن المريض من المتخاصمين فإن كان فلا ينبغي أن يعوده. وليسوي بينهما إذا حضرا جلوسا وإقبالا لقوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر. وليتق عن مسارة أحدهما والإشارة إليه وتلقين حجته وضيافته والضحك في وجهه والمزاح معه أو مع غيره. وتلقين الشاهد لأن يكسر قلب الآخر وتلحق به تهمة الميل فربما يذهب ويترك حقه حذار جوره. ومعنى تلقين الشاهد أن يقول له أتشهد بكذا وكذا. لأن فيه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم. واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة. لأن الشاهد قد يحصر فإن لمجلس القضاء هيبة وللقاضي حشمة فكان تلقينه إحياء لحقوق المسلمين وصيانة لها عن التعطيل كالإشخاص والتكفيل.

فصل في الحبس

وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه. وهذا إذا ثبت بالإقرار. وبالبينة حبسه كما ثبت لأن الحبس جزاء الظلم والمطل يصير ظالما لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم. ولما كان معترفا لم يعرف كونه مماطلا في الحال فربما طمع في الإمهال فلا يستصحب المال. وفيما إذا ثبت بالمال بالبينة ظهر مطله بإنكاره. فإن أبى حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالثمن والقرض أو التزمه بعقد كالمهر المعجل والكفالة لثبوت أمارة غناه في هذين الموضعين. أما في الأول فلأنه ظهرت قدرته بما دخل في ملكه وماله محتمل. وأما في الثاني فلأن التزامه باختياره دليل يساره. إذ الظاهر أنه لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه وأما إذا طلبت المرأة المؤجل من المهر بعد ما دخل بها فالقول للزوج في عسرته لأنه لا دلالة هنا على القدرة. ولا يحبسه في غير ذلك إذا ادعى الفقر إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه بما رأى لأنه لم يوجد أمارة غناه. والأصل في الآدمي العسرة فيكون القول لمن عليه. وعلى المدعي إثبات غناه. وكذا الخصاف رحمه الله أن القول للمديون في جميع ذلك لأنه يتمسك بالأصل وهو العسرة. ورب الدين يدعي أمرا عارضا. وقيل إن كان الدين وجب بدلا عما هو مال فالقول للمدعي وإن كان الدين بدلا عما ليس بمال فالقول للمدعى عليه. ومما يؤيد هذين القولين مسألتان إحداهما أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة الموسرين وزعم الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج أنه

معسر لتمسكه بالأصل. وثانيهما أن أحد الشريكين إذا أعتق العبد المشترك وادعى أنه
معسر فالقول للمعتق. فهاتان المسألتان تخالفان القول الأول لأن فيهما التزاما إذ إقدامه
على النكاح والإعتاق أمارة قدرته على النفقة والضمان كما في المهر والكفالة وتخريجهما على
القول الأول أن هذا ليس بدين مطلق بل هو صلة. ألا ترى أن النفقة تسقط بالموت
وضمان العتق كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله. ثم فيما كان القول للمدعي أن له
مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول للمديون أنه لا مال له تحبسه شهرين
أو ثلاثة ثم يسأل عنه. فالحبس لظهور ظلمه في الحال وإنما تحبسه مدة ليظهر ماله لو كان
له مال فلا بد أن تكون المدة مديدة لتحصل هذه الفائدة فقدره بشهرين أو ثلاثة لهذا.
وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه مقدر بشهر وعنه بستة أشهر وعنه بأربعة أشهر
والصحيح أن التقدير فيه مفوض إلى رأي القاضي لأن الحبس للإضجار وذا مما تختلف فيه
أحوال الناس. فإن لم يظهر له مال خلى سبيله. أي بعد مضي المدة لقوله تعالى فنظرة
إلى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما. ولو قامت البينة على إفلاسه قبل حبسه لا تقبل
عند الجمهور وقيل تقبل. وإن أقام المحبوس بينة على عسرته وأقام رب الدين بينة
على يساره فبينة اليسار أولى لأنها تثبت أمرا عارضا. ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا بيان
الملازمة وسيجيء في كتاب الحجر إن شاء الله. وذكر في الجامع الصغير رجل أقر عند القاضي
بدين فإنه يحبسه ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أبد حبسه وإن كان معسرا خلى سبيله
قال فخر الإسلام رحمه الله معنى المسألة إذا كان جاحدا فأقر عند القاضي وظهر للقاضي
جحوده عند غيره ومماطلته أو ظهر له مماطلته بعد ما أقر عند غيره فحينئذ يحبسه فأما
إذا أقر مرة فلا يحبسه لما مر. ويحبس الرجل لنفقة زوجته وكل دين يرث لأنه ظالم
بالامتناع والحبس جزاء الظلم. ما خلا دين الولد على أبويه أو جده أو جدته وإن علوا لقوله
عليه السلام لا يقاد والد بولده وهذا نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على أبويه وجديه
كالحدود والقصاص. ويحبس الأب الآبي من نفقة طفله لأن النفقة لحاجة الوقت
فهو بالمنع قصد إهلاكه. ولأن سائر الديون لا تسقط بتأخير الأداء والنفقة لحاجة
الوقت فهي تسقط بمضي الوقت.

باب كتابة القاضي إلى القاضي

ويكتب القاضي إلى القاضي في غير حد وقود. اعلم أن كتاب القاضي إلى القاضي مقبول في
الحقوق كالدين والنكاح بأن ادعى رجل نكاحا على امرأة أو بالعكس وأراد كتاب
القاضي بذلك والطلاق بأن ادعت طلاقا على زوجها والشفعة والوكالة والوصية
والوفاة والوراثة والقتل إذا كان موجبه المال والنسب من الحي والميت والغصب
والأمانة المجحودة والمضاربة المجحودة. لأن كل ذلك بمنزلة الدين والدين يعرف بالقدر
والوصف ولا يحتاج فيه إلى الإشارة. والعقار لأنه يعرف بالتحديد ولا يحتاج فيه إلى الإشارة
ولا يقبل في الأعيان المنقولة كالثياب والعبيد والإماء للحاجة إلى الإشارة فيما

فيما

فيما ينقل عن الدعوى والشهادة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة
لأن الإباق يغلب في العبد دون الأمة. وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط أي يكلف
المدعي إقامة البينة أنه كان له عبد فأبق وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية
التعريف بصفته واسمه وقيمته والدار التي جلب منها. فإذا كتب وختم كما يجيء بعد ها
وورد الكتاب على المكتوب إليه أحضر ذلك القاضي المدعى عليه والعبد ثم فك الكتاب
فنظر في العبد وفي الكتاب فإن وافق حلية الغلام ما في الكتاب ختم في عنق العبد من الرصاص
ودفع إلى المدعي من غير أن يقضي له بالملك وأخذ منه كفيلا ويأمره أن يذهب به
إلى القاضي الكاتب. فإذا ذهب به أمره القاضي الكاتب بإعادة البينة على أن هذا العبد
بعينه ملكه. فإذا أعاد يقضي القاضي الكاتب به له ثم يكتب إلى قاضي تلك البلدة ليبرئ كفيله
به. وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون. قال القاضي
الإسبيجابي رحمه الله وعليه الفتوى. فإن شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة
وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا. وإن شهدوا بغير خصم لم يحكم إذ لا يصح القضاء على الغائب
وكتب الشهادة ليحكم بها المكتوب إليه وهو المدعو بالكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة حقيقة
فالحاصل أن سجل القاضي إلى القاضي لا يكون إلا بعد الحكم وكتاب القاضي إلى القاضي لا يكون
إلا قبل الحكم. ويشترط أن يكون الكتاب من معلوم إلى معلوم في معلوم أي المدعى عليه والقياس
يأبى جواز العمل بكتاب القاضي لأن كتابه لا يكون أقوى من خطابه. ولو حضر بنفسه
مجلس القاضي المكتوب إليه وعبر بلسانه ما في الكتاب لم يعمل به القاضي فكذا إذا كتب إليه.
ولكنا جوزناه فيما يثبت مع الشبهات لحاجة الناس إليه فقد يكون الشاهد للمرء على حقه
في بلدة وخصمه في بلدة أخرى فيتعذر عليه الجمع بينهما ولا يتمكن من أن يشهد على
شهادتهما فأكثر الناس يتحرزون عن أداء الشهادة على وجهها. فيحتاج إلى
نقل شهادتهم بالكتاب إلى مجلس ذلك القاضي. ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه
أو يعلمهم به إن لم يقرأ إذ لا شهادة بلا علم ثم يختم بحضرتهم ويسلم إليهم لئلا يتوهم
التغيير. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. لأن من أصلهما أن علم الشهود
بما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الأداء شرط عندهما ولهذا يدفع إليهم كتاب
آخر غير مختوم ليكون معهم معونة على حفظهم. وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا شيء
من ذلك ليس بشرط والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وخاتمه. وعنه أن الختم
ليس بشرط أيضا فسهل في ذلك حين ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة. واختار شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله قول أبي يوسف. فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ولم يقبله
إلا بحضرة الخصم لأنه بمنزلة أداء الشهادة على الشهادة. إذ الكاتب ينقل ألفاظ الشهود
بكتابه إلى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شهود الأصل بعبارته. وكما
لا تسمع الشهادة على الشهادة إلا بحضرة الخصم فكذا لا يفتح الكتاب إلا بحضرة الخصم

بخلاف سماع القاضي الكاتب الشهادة لان ذا للنقل لا للحكم وهذا للحكم ولا يقبل الكتاب
الا بحضرة الخصم ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان الكتاب
قد يزور او يفتعل لان الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا
لان كتاب القاضي ملزم اذ يجب على القاضي ان ينظر فيه وان يعمل به ولا الزام بلا
بينة لانه ليس بملزم شيئا فان الامام بالخيار ان شا اعطاه الامان وان شاء لم يعطه
فلا تشترط البينة ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي فانه يكون
معتبرا بلا بينة لان الالزام بالشهود لا بالتزكية فان قيل ما فائدة كتاب القاضي
الى القاضي وهو يحتاج ان يشهد على كتابه رجلين يشهدا عند المكتوب اليه فليشهدهما
على شهادة الاصول حتى لا يحتاج الى الكتاب قلنا في الشهادة على الشهادة يحتاج
القاضي الاخر الى تعديل الشهود والاصول وقد تتعذر معرفة عدالة الاصول في تلك البلدة
فلا يحصل المقصود وههنا يكتب عدالة الشهود الذين شهدوا عنده فلا يحتاج المكتوب
اليه الى التعديل ثانيا فان شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه
وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقراه على الخصم والزمه ما فيه لثبوت ما في الكتاب
عنده وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا
انه كتابه وختمه قبله لما مر والصحيح انه انما يفتح الكتاب بعد ثبوت العدالة
فربما يحتاج الى زيادة الشهود واداء الشهادة انما يمكن بعد قيام الختم وانما يقبله
المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا
للقضاء قبل وصول الكتاب اليه لا يقبله لان الاصل ان خبر الواحد لا يقبل
وانما قبلنا خبره باعتبار الولاية الشرعية فاذا لم يبق عاد الامر الى الاصل ولهذا
لو التقى قاضيان قاضيا في عمل احدهما او في مصر ليس من عملهما فقال احدهما للاخر
قد ثبت عندي كذا فاعمل به لم يقبل منه لان الخطاب والسماع او احدهما
وجد من غير القاضي حيث لم يكن في عمله وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب
الى فلان ابن فلان قاضي بلد كذا والى كل من وصل اليه من قضاة المسلمين لانه
لما عرف الاول صحت كتابة القاضي اليه فيجعل غيره تبعا له ورب شيء يثبت تبعا
ولا يثبت قصدا ولو كتب ابتداء من فلان ابن فلان قاضي بلد كذا الى كل من يصل
اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند ابي يوسف رحمه الله يجوز توسع فيه لما ابتلي بالقضا ولهما ان اعلام الكاتب
والمكتوب اليه شرط ولا يحصل الاعلام بهذا ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على
ورثته لقيامهم مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لانه
لا ينفك عن شبهة لما مر فلا يقبل فيما يسقط بالشبهات فصل ويصح قضاء
المراة في كل شيء الا في الحدود والقصاص كشهادتها اذ حكم القضا يستقى من حكم

الشهادة

الشهادة اذ كل منهما من باب الولاية وليس للقاضي ان يستخلف على القضا الا ان يفوض اليه
ذلك لانه انما يتصرف عن تقليد وتفويض والخليفة فوض القضا اليه دون التقليد به وقد
رضي برايه وعلمه وامانته دون غيره فلا يكون مطلق التفويض اذنا بالاستخلاف وصار
كالوكيل بالبيع لا يملك توكيل غيره لهذا بخلاف المامور باقامة الجمعة مطلقا
حيث يجوز له استخلاف غيره وان لم يؤذن بالاستخلاف لانه لما فوض اليه اقامة
الجمعة مع علمه ان العوارض المانعة من اقامتها من المرض والحدث في الصلوة مع ضيق
الوقت وغيرهما قد يعتريه ولا يمكن انتظار الامام الاعظم لانها لا تحتمل التاخير
عن الوقت فكان اذنا له بالاستخلاف دلالة وههنا تاخر سماع الخصومة الى وجود
الاذن من الامام الاعظم ممكن لانه غير موقت بوقت فلم يثبت الاذن بالاستخلاف
صريحا ودلالة فلا يملك التفويض الى الغير فلو قضى الثاني بحضرة من الاول او قضى الثاني
فاجازه الاول جاز كما في الوكالة لان المقصود حضور راي الاول وقد وجد واذا
فوض الخليفة اليه ذلك يملكه وصار القاضي الثاني قاضيا من جهة الخليفة لا من جهة
هذا القاضي حتى ان هذا القاضي لا يملك عزله الا ان يقول له الخليفة ول من شئت واستبدل
من شئت وصار كالموكل اذا قال للوكيل اعمل برايك صح توكيله على الموكل
وصار الثاني وكيل الموكل حتى لو مات الموكل انعزل الثاني ولو مات الاول لم ينعزل
الثاني وكذا ان عزله الاول فاذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف
الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه اي لا دليل يعتمد عليه وفي
الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضى به القاضي ثم جاء قاض اخر يرى غير ذلك
امضاه والاصل ان القاضي متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا ينقض باجتهاد اخر
فقد صح عن عمر رضي الله عنه انه لما كثر اشتغاله قلد القضا ابا الدرداء رضي الله
عنه فاختصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي الله عنه المقضي عليه
فساله عن حاله فقال قضي علي فقال عمر رضي الله عنه لو كنت انا لقضيت لك فقال المقضي
عليه ما يمنعك عن القضا فقال عمر ليس ههنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي الله
عنه انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما
قضينا وهذه كما نقضي ولان الاجتهاد الثاني كالاول والاول تايد باتصال القضا
به فلا ينقض باجتهاد لم يتايد به لانه دونه والقضا حق الشرع يجب صيانته ومن صيانته
ان يلزم ولا يعترض عليه فلو قضى في مجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند
ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامدا ففيه روايتان اما وجه عدم النفاذ فظاهر واما
وجه النفاذ فلانه ليس بخطا بيقين ويحتمل ان يكون الحق في هذا وعندهما لا ينفذ
في الوجهين وعليه الفتوى كذا في الهداية وفي الصغرى اذا قضى في محل الاجتهاد
وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه

ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة المشهورة او الاجماع وفيما اجتمع عليه الجمهور. لا
يعتبر مخالفة البعض وذا خلاف لا اختلاف في الصدر الاول. فلو قضى قاض بشاهد
ويمين المدعي او بثبوت الحل بنفس العقد او بجواز بيع متروك التسمية عمدا او بجواز
بيع الدرهم بالدرهمين لا ينفذ. اما الاول فلمخالفة الكتاب والسنة. لانه تعالى قال
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان. ومثل
هذا انما يذكر لقصر الحكم عليه. ولانه قال ذلك ادنى ان لا ترتابوا ولا مزيد على الادنى
واما الثاني فلانه مخالف للحديث المشهور اعني حديث العسيلة. واما الثالث فلانه
مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع. واما الرابع
فلان الخلاف فيه حكي عن ابن عباس رضي الله عنهما وقد انكرت عليه الصحابة رضي الله عنهم
فلا يعتبر خلافه لرد الجمهور عليه. وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم فهو
في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله. وكذلك اذا قضى باحلال وهذا اذا كان
الدعوى بسبب معين كالشراء ونحوه. وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والشافعي رحمهم
الله لا يكون في الباطن كذلك. ولقب المسئلة قضاء القاضي في العقود كالبيع والشراء والاجارة
والنكاح والفسوخ كالاقالة والفرقة بطلاق ونحوه بشهود الزور ينفذ ظاهرا وباطنا
عند ابي حنيفة رحمه الله. وعند الباقين ينفذ ظاهرا لا باطنا. واجمعوا ان في الاملاك
المرسلة ينفذ ظاهرا لا باطنا. ان يسلم المرأة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك
وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطيها ويحل لها التمكين فيما بينه وبين الله تعالى. لهم
ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء بها ظاهرا لا باطنا. ولان القضاء انما
ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة باطنا فكيف تنفذ ظاهرا. فصار كما لو كان
الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف والمشهود له يعلم بحالهم والقاضي
لا يعلم بان قضاه ينفذ ظاهرا لا باطنا اجماعا. وكما لو قضى بنكاح منكوحة غيره
او معتدة الغير فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا اجماعا. ولان القضاء اظهار لعقد سابق
واظهار العقد ولا عقد محال او انشاء لعقد لم يسبق وذا انما يكون بارتباط الايجاب
بالقبول ولم يوجد. وله ما روي ان رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي رضي الله
عنه واقام شاهدين فقضى بالنكاح بينهما. فقالت ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني
منه فقال علي رضي الله عنه شاهداك زوجاك. ولو لم ينعقد العقد بينهما بقضائه
لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك تحصينها
من الزنا وكان الشهود زورا بدليل القصة. ولان القاضي قضى بامر الله تعالى لانه
وجب عليه القضاء عند التعديل حتى ياثم بالامتناع والتكليف بحسب الوسع والذي
في وسعه ان يجعلها زوجة له بطريق الاظهار فان كان بينهما عقد سابق فيها ونعمت
والا فيقدم العقد اقتضاء ضرورة صحة الاظهار لتنقطع المنازعة بينهما من كل وجه

اذ لو

اذ لو لم يثبت الحل بينهما باطنا يكون هذا تمهيدا للمنازعة بينهما لا قطعا. فان قيل لو كان
قضاؤه متضمنا انشاء العقد سابقا فلنشترط الشهود عند قوله قضيت قلنا قد قال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده بقوله قضيت الا بحضرة الشهود
وقيل يصح النكاح بغير محضر منهم. لانه انما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن
وما يثبت مقتضى صحة الغير لا يثبت بشرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عني بالف بخلاف
ما اذا كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في قذف. لان الوقوف على هذه الاشيا
ممكن فلم تصر شهادتهم حجة من كل وجه فاعتبرت ظاهرا. والوقوف على حقيقة
الصدق متعذر فبني الامر على كون الشهود صادقين عنده وقد وجد. بخلاف
الاملاك المرسلة لان الملك لا بد له من سبب وليس بعض الاسباب باولى من البعض لتزاحم
اسبابها. اذ الملك تارة بالشراء وطورا بالارث وغيره فلا يمكن اثبات السبب سابقا
على القضاء بطريق الاقتضاء. وفي النكاح والشراء يقدم النكاح او الشراء اقتضاء تصحيحا
للقضاء. ولا يقضي القاضي على غايب وللغايب ان لا يحضر مقامه كوكيله او وصيه
او يكون تبعا للحاضر. وقال الشافعي رحمه الله يجوز القضاء على الغايب بالبينة لان
البينة قامت في اوانها فتقبل لان اوانها وقت خفاء الحال على القاضي والحال خفيت عليه
حال غيبته في البينة للبيان. فاذا ثبت الحال صح القضاء بناء عليها. ولنا قوله عليه السلام
لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الاخر. ولان القضاء لقطع المنازعة
ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح القضاء. وهذا لانه يحتمل ان الخصم يقر ويحتمل ان
ينكر ويشبه وجه القضاء احكامهما مختلفة. اذ حكم احدهما متعد وحكم الاخر لا. ولو انكر
ثم غاب فكذلك خلافا لابي يوسف رحمه الله اذ الشرط وجود الانكار وقت القضاء.
ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته كالوكيل او بانابة الشرع كالوصي من جهة
القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر.
فانتصب الحاضر خصما عنه وصار القضاء عليه كالقضاء على الغايب. كما لو ادعى عينا
في يد غيره انه اشتراها من ذلك الغايب واقام البينة على ذي اليد وقضي به ثم حضر
الغايب فانكر ذلك الغايب لا يلتفت الى انكاره لانه صار مقضيا عليه. وكذا لو ادعى
شفعة دار بشرائه من الغايب او الكفالة بماله على الغايب. وان كان ما يدعي على الغايب
شرطا لما يدعيه على الحاضر فلا معتبر به في جعله خصما عن الغايب ان كان الغايب يتضرر
بالشرط. كمن قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق فاقامت زوجة الحالف
ان فلانا طلق امرأته وقع الطلاق عليه لا تقبل بينتها في الاصح. لان فيه ضررا على الغايب
بخلاف ما لم يتضمن ضررا. كما لو علق طلاقها بدخول فلان الدار فانه يقبل لانه لا
يتضمن ابطال الحق القاضي ويقرض القاضي مال اليتيم ويكتب ذكر الحق اي الصك. وان اقرض
الوصي او الاب ضمن. والفرق ان القرض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء فلما انه قطع الملك

عن العين ببدل في ذمة المفلس لان الاستقراض في العادات ممن هو مفلس وهذا احل محل
الصدقة وزاد عليها في الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل
مامون التوى باعتبار علم القاضي وتمكنه من الاسترداد متى شاء لما له من الولاية وتبرعا
في حق القاضي الوصي او الاب لانه يتمكن من الاسترداد فربما يجحد المستقرض ولا يجد
شهودا يوافقونه على اداء الشهادة ولو وجد فلا كل بينة تعدل وفي الحقوق بين يدي
القاضي ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار على هذا الاعتبار فلهذا لا يملكانه واذا اقرض
القاضي كتب به ذكر الحق وختمه في ديوانه لانه يحتاج الى الحفظ وذا بكتابة الصك وكذا
يملك اقراض مال الغايب لانه نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه بنفسه والغايب
عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وفي الاقراض نظر فيملكه القاضي قاض قضى بما راى قبل ان
يقلد القضا او في غير مصره الذي هو قاضيه لغا خلافا لهما لهما ان العلم حاصل له حسب
حصوله في قضايه وفي مصره وله انه علم شهادة لا علم قضاء فلا يصير موجبا الا بلفظ
الشهادة والعدد والله اعلم

باب التحكيم

واذا حكم رجلان حكما فحكم
بينهما ورضيا بحكمه صح لولايتهما على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وقد صح التحكيم
عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضي الله عنهم والاصل فيه قوله تعالى وان خفتم
شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها والمراد تحكيم الزوجين لاختيار
المقام او لاختيار الفرقة فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دل ذلك على جوازه في ساير
الخصومات ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالاقرار والنكول في غير حد وقود
والاصل فيه ان حكم المحكم بمنزلة الصلح فما يجوز استحقاقه بالصلح يجوز التحكيم
فيه وما لا فلا ولا يجوز استيفاء الحدود والقصاص بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما
قالوا التحكيم في ساير المجتهدات صحيح كالطلاق والعتاق ونحوه ولكن لا يفتى به
ويقال يحتاج الى حكم الحاكم كما في الحدود والقصاص كي لا يتجاسر العوام فيه
وان حكما في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لان حكم الحكم انما ينفذ
على من رضي بحكمه والعاقلة لم ترض بحكمه ولو حكم على القاتل بالدية في ماله لا يجوز لان
هذا الحكم مخالف لحكم الشرع اذ الدية على العاقلة في الخطاء ورده القاضي ويقضي بالدية
على العاقلة الا ان يكون القاتل اقر بالقتل خطاء فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه لان ما يجب
بالاعتراف لا تتحمله العاقلة بالحديث فكان حكمه موافقا للشرع فينفذ ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لقيام الولاية
بعد وهو يملك انشا الحكم فيملك الاقرار ولو اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية
كالقاضي المعزول اذا قال قضيت عليك بكذا وهذا اذا اصلح المحكم قاضيا لانه
كالقاضي فيما بينهما وان كان الاولى ان لا يحكم الفاسق كما مر في المولى ولرجوع كل
واحد من المحكمين قبل حكمه عليهما لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما

فان قيل

فان قيل التحكيم ثبت برضاهما باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما قلنا لم يرض
احدهما بهذا التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه واذا حكم لزمهما وليس لكل واحد منهما
ان يرجع عن ذلك لان الحكم صدر عن ولاية عليهما كالقاضي اذا قضى ثم عزل لا يبطل قضاؤه
واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه اذ لا فايدة في نقضه ثم في ابرامه كذلك وان وبتماع
خالفه ابطله فرق بين هذا وبينما اذا رفع الى القاضي قضية قاض اخر فانه لا يرده وان خالف
رايه اذا كان ذلك في فصل مجتهد فيه ووجهه ان المحكم له ولاية على المحكمين
ولا ولاية له على غيرهما والقاضي الذي رفع اليه حكمه غيرهما فلا يكون حجة عليه فكان كالصلح
في حقه فله ان يرده اذا خالف رايه واما القاضي فله ولاية على كل الناس فكان قضاؤه حجة
في حق الكل فلا يكون لهذا القاضي ان يرده اذا صادف القضا محله بان يكون فصلا مجتهدا
فيه وبطل حكمه لابويه وولده وزوجته كحكم القاضي وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء
للتهمة فاولى ان لا يصح القضا لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم
لعدم التهمة فكذا يصح القضا وان حكما رجلين فلا بد من اجتماعهما حتى لو حكم احدهما
ولم يحكم الاخر لم يجز ذلك حتى يحكما جميعا لانه امر يحتاج فيه الى الراي والرضى براي
المثنى فيما يحتاج فيه الى الراي لا يكون رضى براي الواحد كما في البيع ونحوه والله اعلم

باب المتفرقات

علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل
ان يتد فيه وتدا او ينقب كوة عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضى صاحب العلو
وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف ما اذا اراد صاحب العلو يبني في العلو
بيتا او يضع عليه جذوعا او يحدث كنيفا قيل ما روي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة
رحمه الله لانه انما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لا ما ضرر فيه فلا خلاف وقيل لا بل بينهم
خلاف وثمرته تظهر في وقوع الشك في الضرر وهذا لان الاصل عندهما الاطلاق
لان تصرفه يلاقي ملكه والملك مطلق التصرف والحظر بعارض الضرر فاذا اشكل
لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لان تصرفه حصل في محل مشغول بحق محترم للغير
كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض عدم الضرر فاذا اشكل وجب المنع وقوله
قياس لانه لا يخلو عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فوجب منعه زايغة
مستطيلة ينشعب عنها زايغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان
يفتحوا بابا من حايط دارهم في الزايغة السفلى لانه فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور
في الزايغة السفلى بل هو لاهلها خصوصا لانها بجميع اجزايها ملك لاربابها حتى لو بيع
فيها دار لا يكون لاهل الاولى حق الشفعة فاذا اراد واحد منهم ان يفتح بابا فقد اراد
ان يتخذ طريقا في ملك غيرهم ويحدث لنفسه حق الشفعة فيها فيمنع من ذلك
بخلاف النافذة لان حق المرور فيها للعامة ثم قيل المنع من المرور لا من فتح الباب
لانه يتمكن من نقض كل الحايط فاولى ان يتمكن من نقض بعضه والصحيح ان يمنع من

الفتح

لانه لا يمكنهم المنع عن المرور بعد الفتح في كل ساعة حتى لو فتح الباب للاستضاءة او للريح لم يمنع
ولانه لو فعل ذلك وتقادم العهد ربما يدعي الشركة في الطريق في الرائعة السفلى ويستدل على ذلك
بالباب المركب ويكون القول له اذا لم يعرف كيف كان الحال فهو بتركيب الباب يثبت لنفسه حقا
فيمنع منه. وان كانت الرائعة مستديرة قد لزق طرفاها وهو العطف المدور بفارسية جماه
فله ان يفتح الباب في حائطه في اي جانب شاء. لان هذه سكة واحدة وهي بمنزلة ساحة
مشتركة في دار واحد ولكل منهم حق المرور في كلها. ولهذا لو بيعت دار فيها كانت
الشفعة للكل على السواء فبفتح الباب لا يحدث لنفسه حقا فلا يمنع. ومن ادعى في دار
دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحه منها صح وهي مسئلة الصلح على الانكار. وستجيء في الصلح
ان شاء الله تعالى. فان قيل المدعى مجهول فلا تصح الدعوى فلا يصح الصلح لان الصلح عن
الدعوى انما يصح اذا كانت صحيحة اما اذا كانت فاسدة فلا. اذ الصلح انما يصح لافتداء اليمين
والافتداء انما يكون اذا توجهت اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى. قلنا
نحمله على ما اذا كان المدعى معلوما كالثلث ونحوه حتى تصح الدعوى وان ادعى حقا
فيها. او نحمله على ما اذا ادعى اقرار صاحب اليد ان له حقا فيها حتى تصح الدعوى. الا ترى انه لو ادعى على
انسان شيئا لا تصح الدعوى ولو ادعى عليه انه اقر له بشيء يصح. ولان الصلح على معلوم عن مجهول
جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تؤدي الى المنازعة فلا تؤثر في الفساد لما مر. ومن ادعى
دارا في يد رجل انه وهبها له وسلمها اليه في وقت كذا فسال القاضي البينة فقال انه جحدني
الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي ادعى فيه الهبة فبرهن عليه تقبل.
ولو ادعى وقتا بعد الوقت الذي ادعى الهبة فيه وبرهن عليه لا تقبل. والفرق ان في الوجه
الاول التوفيق ممكن فلا يتحقق التناقض. وهذا لانه يمكنه ان يقول وهب لي منذ شهر
ثم جحد الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع. وفي الوجه الثاني التوفيق غير ممكن فيتحقق
التناقض اذ لا يمكنه ان يقول وهب لي منذ اسبوع ثم جحد الهبة فاشتريتها منه منذ
سنة. وهذه المسئلة تدل على ان التناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يمكن التوفيق اما اذا امكن
فلا. كذا ذكر في الاقضية. وذكر في رواية ان التوفيق من المدعي شرط. فان قيل ينبغي
ان لا تقبل بينته في الوجه الاول ايضا لانه ادعى شراء باطلا. لانه ادعى شراء ما يملكه
بالهبة. قلنا اذا جحد الهبة فقد فسخها. اذ جحود ما عدا النكاح فسخ له. بخلاف النكاح
لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه. ويتوقف الفسخ في حق المدعي على رضاه
فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما. فاذا اشترى
منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح. ولو ادعى الهبة ثم برهن على الشراء قبله ولم
يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا. لان دعواه الهبة في وقت اقرار منه بملك الواهب
في ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك تكون رجوعا عن ذلك الاقرار فكان متناقضا
فلا يتمكن من اثباته بالبينة. فاما دعواه الشراء بعد ذلك تقرر اقراره بالملك له في ذلك الوقت

من العقود

فيتمكن

فيتمكن من اثباته بالبينة. ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الامة بالف درهم فقال الآخر
ما اشتريت ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها. لان المشتري لما جحد الشراء
كان جحوده للبيع فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحود لمشابهة بين الفسخ وهو رفع
العقد من الاصل وبين الجحود وهو انكار العقد من الاصل فيجعل مجازا عنه. ولهذا
لو تجاحدا اجعل ذلك فسخا في حقه ولكن لا ينفسخ العقد بفسخ احدهما ما لم يقبل الآخر
صريحا او دلالة. فاذا عزم البايع على ترك الخصومة فقد رضي بفسخ صاحبه دلالة لانه
تم الفسخ. فان قيل كيف يثبت الفسخ في حق البايع بمجرد العزم على الفسخ وفسخ
شيء من العقود لا يثبت بمجرد العزم. الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه
على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه. قلنا قد اقترن ذلك بفعله وهو امساك
الامة ونقلها وما اشبه ذلك فكان الفسخ بفعل اقترن به النية لا بمجرد النية. الا ترى
ان من قال لآخر اجرتك هذه الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذها
المستاجر وذهب بها فانه يركبها ان ذلك يكون قبولا كذا هنا. ومن اقر انه قبض من
فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف او نبهرجة صدق مع يمينه ولو قال ستوقة لا
يصدق لان اسم الدراهم تقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة. ولهذا
يجوز التجوز في الصرف والسلم بالزيوف والنبهرجة لا بالستوقة والقبض لا يختص بالجياد
فلا تناقض بين دعوى الزيافة والنبهرجة وبين الاقرار بقبض الدراهم فيقبل قوله
ولو اقر بقبض الجياد او بقبض حقه او بالاستيفاء ثم ادعى انها زيوف لم يصدق لانه مناقض.
اما في الاول فظاهر وكذا في غيره لان حقه في الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا
اقرارا بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه
ايضا والزيف ما يرده بيت المال. والنبهرجة ما لا تقبله التجار. والستوقة ما يغلب عليه
الغش. وهي معرب سه تو. ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال المقر له لا شيء لي عليك
ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس على المقر شيء. لان المقر له اذا قال لا شيء
لي عليك فقد رد اقراره. والمقر له ينفرد برد الاقرار فملك ابطاله بنفسه. فاذا ابطل
برده التحق بالعدم. فاذا قال بعد ذلك لي عليك الف درهم فهذا منه دعوى الالف
فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال المقر اشتريت وقال المقر له لا ثم

ضمنهما

عاد الى التصديق فانه يصح لان المقر له يستبد باقرار المقر به ثم لان الفسخ لا يتم الا باثنا
كالبيع واذا انكر المقر له ورده لم ينفسخ بفسخه حتى يساعده صاحبه. فاذا رجع
الى التصديق فقد رجع الاقرار والشرط قائم فيعمل بتصديقه وهنا بخلافه وذكر
في الهداية هنا لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لانه حقهما فبقي العقد
فيعمل التصديق. وذكر قبله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البايع
فيستبد بفسخه. والتوفيق بين كلاميه صعب. ومن ادعى على آخر مالا فقال المدعى عليه

ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على ألف وبرهن المدعى عليه على القضاء أو الإبراء يقبل. وقال زفر رحمه الله لا يقبل لأن القضاء يستدعي سبق الوجوب لأنه تسليم مثل الواجب وقد أنكره فكان مناقضا. ولنا أن التوفيق بين الكلامين ممكن لأنه يمكنه أن يقول لم يكن لك علي شيء ولكن آذيتني بخصومتك الباطلة فدفعت إليك ما تدعيه دفعا لأذاك وغير الحق قد يقضى ويبرأ منه. ولهذا يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء بالإنكار فيثبت ثم يقضى. وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لأن التوفيق أظهر لأنه يقول ليس لك علي شيء في الحال لأني قد قضيت حقك أو لأنك أبرأتني. ألا ترى أنه لو صرح به يصح وهذا لأن ليس لنفي الحال. ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بينته على القضاء وعلى الإبراء لامتناع التوفيق. إذ لا يتصور أن يكون بين اثنين خصومة ومصالحة وإبراء وقضاء واقتضاء ولا يعرف أحدهما صاحبه فيتعذر التوفيق فبطلت البينة. وذكر القدوري رحمه الله عن أصحابنا رحمهم الله في هذه المسألة أن بينته على القضاء تقبل أيضا لأن الرجل ربما يدعي على رجل محتجب أو امرأة مخدرة فيؤذيه بالشغب على باب داره فيأمر بعض وكلائه بأن يعطيه ما يرضيه فقد قضاه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك وكان التوفيق ممكنا من هذا الوجه فتقبل بينته. وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة. ومن ادعى على رجل أنه اشترى منه هذه الأمة وأنكر المدعى عليه البيع وقال لم أبعها منك قط فبرهن المشتري على الشراء ثم وجد بها أصبعا زائدة وأراد ردها فبرهن البائع أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع لأن التوفيق بين الكلامين متعذر إذ شرط البراءة عن العيب تصرف في العقد بتغييره عن اقتضاء صفة السلامة إلى غيرها وتغيير العقد من وصف إلى وصف بلا عقد محال. وإذا بطل التوفيق ظهر التناقض فيمنع صحة الدعوى ولا تسمع البينة في حقوق العباد بلا دعوى. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل اعتبارا بفصل الدين. ولهما أن الدين قد يقضى وإن كان باطلا كما مر ولا كذلك هنا. ويبطل الصك بإن شاء الله إذا كتب رجل إقرارا بدين في صك ثم يكتب في آخره ومن قام بهذا الذكر الحق فهو وكيلي إن شاء الله أي من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ذلك. أو كتب صك الشراء أو كتب في أسفله وما أدرك فلانا من درك فعلي فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله بطل الذكر كله حتى يبطل الدين الذي في ذكر الحق ويفسد الشراء والخلاص. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الدين لازم والشراء جائز. وقوله إن شاء الله ينصرف إلى قوله ومن قام بهذا الذكر الحق وعلى الخلاص استحسانا. والحاصل أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه عندهما لأن الأصل في الكلام الاستبداد والصك يكتب للاستيثاق فيصار ذلك دلالة صرف الاستثناء إلى ما يليه وقصره عليه. وعنده ينصرف إلى الجميع ما تقدم فيبطل الكل لأن كلمات الصك كتبت معطوفا بعضها على بعض والكلمات المعطوفة بعضها على بعض إذا الحق في آخرها استثناء ينصرف إلى جميع ما تقدم

فإنه لو قال

فإنه لو قال علي صوم وصلاة وحج إن شاء الله تعالى لا يلزمه شيء كذا هنا. ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق الاستثناء بالكل إذ الفرجة في الصكوك كالسكوت في النطق. فإن قيل لماذا يكتب هكذا ولا يصح التوكيل على هذا الوجه لأنه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكيلا. قلنا الغرض من كتابته إسقاط ولاية امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل وأن التوكيل بغير رضا الخصم لا يلزم عند أبي حنيفة رحمه الله. وعلى تقدير الرضا هنا يلزم التوكيل بلا رضاه وإنما يلزم بهذا لأنه إسقاط والإسقاط يصح مع الجهالات.

فصل في القضاء بالمواريث

مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة فقالت أسلمت بعد موته وقالت ورثته أسلمت قبل موته ولا ميراث لك فالقول للورثة. وقال زفر رحمه الله القول لها لأن الإسلام حادث فالأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات. وأقرب الأوقات ما بعد الموت. ولنا أن المورث الإسلام ثابت في الحال والحال تدل على ما قبلها كما في مسألة الطاحون إذا اختلفا المؤجر والمستأجر في جريان الماء وانقطاعه فإنه يحكم الحال ويستدل بها على الماضي. وهذا الظاهر تعتبر للدفع وما ذكره تعتبر للاستحقاق. والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق. ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول للورثة أيضا لأنها تدعي أمرا حادثا والأصل في الحوادث أن يضاف حدوثها إلى أقرب الأوقات. فالحاصل أنها تمسك هنا بما تمسكوا به ثمة وهم تمسكوا هنا بما به تمسكت ثم عنينا بما في المسألتين تمسك بالظاهر لإثبات الاستحقاق وهم تمسكوا به في المسألتين للدفع فالظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق. فإن قيل الماء إذا كان جاريا في مسألة الطاحونة يجعل الحال لصاحب الطاحونة حتى يقضى بالأجر على المستأجر فقد تمسكتم بالحال لاستحقاق الأجر. قلنا ثم اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد واختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد وإبقاء ما كان على ما كان. وفي مسألة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة له. ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المودع لرجل هذا ابن الميت لا وارث له غيره فالقاضي يقضي بدفع الوديعة إليه لأنه أقر أن ما في يده حق الوارث بطريق الخلافة فصار كما لو أقر أنه حق المورث وهو حي بطريق الأصالة. وهذا لأن المودع زعم أن المودع مات وهذا يخلفه في تركته وكونه مودعا لا يدفع خصومة من أودعه فكذا لا يدفع خصومة من خلفه. بخلاف ما لو أقر لرجل أنه وكيل المودع بقبض الوديعة أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأن صاحب اليد معترف بأنه ملك الغائب إذ هو حي ويده في الوديعة يد الغائب فلا يملك إبطال يده وملكه بإقراره. وفي تصحيح إقراره تنفيذ إقراره في ملك الغير بزعمه. وهنا زعم أن الميت لم يبق مالكا فإن المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح إقراره تنفيذ إقراره في ملك الغير. وهذا بخلاف ما لو أقر المديون أن فلانا وكيل عن رب الدين بقبض الدين حيث يؤمر

بقضاء الدين لأن المديون يقضيه من مال نفسه إذ الديون تقضى بأمثالها فكان مقرا على نفسه
فأمر بالدفع إليه. فلو قال المودع لآخر هذا ابن الميت أيضا وقال الأول ليس للميت ابن غيري
قضي بالمال للأول لأن هذه شهادة على الأول بعد انقطاع يده عن المال فلا تقبل كما لو كان
الأول ابنا معروفا. ميراث قسم بين الورثة أو بين الغرماء لا يؤخذ منهم كفيل وهذا
شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم. وقال أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله يؤخذ الكفيل
من الغريم أو من الوارث والمسئلة فيما إذا ثبت الدين للغرماء وقضى القاضي بديونهم واحتمل أن يكون
على الميت دين غيرهم أو قامت البينة على الوارث ولم يشهد الشهود أنهم لا يعلمون له وارثا غيره
فإن القاضي يتأنى في ذلك فإن فعل ولم يظهر له وارث آخر فيقضي هل يأخذ كفيلا أم لا. لهما أن القاضي
نصب ناظرا للغائب والموت قد يقع بغتة فيجوز أن يكون للميت وارث غائب فيجب على القاضي
الاحتياط بالتكفيل مبالغة في الإحياء وتفاديا عن التواء. كما إذا وجد آبقا أو التقط
لقطة وسلم الآبق أو اللقطة إلى صاحبها بالعلامة فإنه يحتاط بالتكفيل. وصار هذا كامرأة
تستنفق وزوجها غائب وله عند رجل وديعة والمودع مقر بالوديعة والزوجية والقاضي
يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا. وله أن حق الحاضر معلوم وحق الغائب موهوم والموهوم
لا يعارض المعلوم فلا يجوز التأخير والتعطيل إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في
يده بالبينة فإنه يقضى لمدعي الشراء ولا يؤخذ منه كفيل وإن توهم ظهور مشتر آخر معه
أو قبله أو أثبت الدين على العبد فإنه يباع في دينه ويأخذ دينه منه ولا يؤخذ الكفيل منه
وإن توهم ظهور دين آخر. ولأن المكفول له مجهول فصار كما لو كفل لأحد الغرماء فإنه
لا يصح للجهالة. بخلاف النفقة لأن حق الزوج في الوديعة ثابت وهو معلوم. وأما الآبق
واللقطة ففيه روايتان والأصح أنه على الخلاف. وقيل إن دفع بعلامة اللقطة وإقرار
العبد يكفل إجماعا لأن الحق غير ثابت لأن العلامة أو قول العبد لا يوجب الاستحقاق
ولهذا كان له أن يمتنع فكان له أن يؤخر إلى زمان التكفيل على الخلاف. وقوله وهو ظلم أي ميل
عن سواء السبيل. وفيه دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب وعلى أن أبا حنيفة رحمه الله بريء
عن مذهب الاعتزال. دار في يد رجل أقام آخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه
وبين أخيه فلان الغائب ولا وارث له غيرهما قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد
الذي هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل. وقال أبو يوسف رحمه الله إذا جحد ذو اليد
أخذها القاضي منه وجعلها في يد أمين حتى يقدم الغائب وإن لم يجحد ترك النصف
في يده حتى يقدم الآخر لأن الجاحد خائن فيؤخذ منه والمقر أمين فيترك في يده. له
أن اليد الثابتة لا تنزع بلا ضرورة ولا ضرورة لأن القضاء وقع للميت بالكل لأن الوارث
قال هذا ميراث ولا إرث إلا بثبوت الملك للمورث واحتمال كونه مختارا للميت ثابت
فلا تنقض يده كما لو كان مقرا وبطل جحوده بقضاء القاضي والظاهر أنه لا يجحد فيما
يستقبل لأن الحادثة صارت معلومة للقاضي ولذي اليد وجحوده باعتبار اشتباه الأمر عليه

مطلب

وقد قال

وقد قال. ولو كانت الدعوى في منقول فقيل يؤخذ منه اتفاقا لاحتياج المنقول إلى الحفظ
والنزع من يده أبلغ في الحفظ كيلا يتلفه. وأما العقار فمحفوظ بنفسه. ألا ترى أن الوصي
يملك البيع على الكبير الغائب في العروض دون العقار وكذا وصي الأم والأخ والعم يملك ذلك
على الصغير. وقيل المنقول على الخلاف أيضا. وقول أبي حنيفة رحمه الله في المنقول أظهر لحاجته
والترك في يده أبلغ في الحفظ لأن المال في يد الضمين أشد حفظا وبالإنكار صار ضامنا. ولو وضع
على يد عدل كان أمينا فيه. وإنما لا يؤخذ الكفيل لأنه إنشاء خصومة والقاضي نصب لقطع الخصو
لا لإنشائها. وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة في الصحيح ويسلم النصف إليه بذلك القضا
لأن القضاء وقع للميت. وأحد الورثة ينتصب خصما عن سائر الورثة فيما يستحق للميت وعليه
دينا كان أو عينا لأن المقضي له وعليه في الحقيقة الميت. وأحد الورثة يصلح خليفة عنه في
ذلك ولكنه في الاستيفاء عامل لنفسه دون الميت فلا يصلح نائبا عن غيره. فلهذا لا يستوفي
إلا نصيب نفسه وصار كما لو قامت البينة بدين للميت فإنه يقضى بالكل ولا يأخذ
إلا نصيب نفسه. وذكر في الجامع الكبير إنما يكون قضاء على جميع الورثة إذا كان المدعى في يد
الوارث الحاضر ولو كان البعض في يده ينفذ بقدره لأن دعوى العين لا تتوجه إلا على ذي
اليد فإنما ينتصب أحد الورثة خصما عن الكل إذا كان المدعى في يده. وهذا بخلاف دعوى
الدين فإن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن باقي الورثة في دعوى الدين على الميت وإن
لم يكن في يده شيء من التركة. ومن قال مالي أو ما أملك في المساكين صدقة فهو على أموال
الزكوة. ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس فيهما واحد وهو على قول زفر رحمه الله
لأن اسم المال عام فلا يلزم التصدق بكل ماله في الوصية. ولنا أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله
تعالى ثم ما أوجب الله تعالى من الصدقة مضافة إلى المال مطلق لقوله تعالى خذ من أموالهم
صدقة انصرف إلى الفضول لا إلى كل المال فكذا ما يوجب العبد على نفسه. بخلاف الوصية
لأنها أخت الميراث لأنها خلافة كالوراثة والإرث يجري في جميع الأشياء فكذا الوصية
وفي الحقيقة هما سببان لأن إيجاب الصدقة انصرف إلى أمثال الفضول في حياته والأموال
كلها فضول بعد وفاته لاستغنائه عنها بالموت. والأراضي العشرية تدخل عند أبي يوسف
رحمه الله لأنها سبب الصدقة وهو العشر. وقال محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب
المؤنة. وحاصله أن جهة المؤنة غالبة عند محمد رحمه الله لأن سببه الأرض النامية كما
في الخراج وعند أبي يوسف رحمه الله جهة الصدقة غالبة ولهذا تصرف مصارف الصدقات
والأرض الخراجية لا تدخل إجماعا لأن الخراج مؤنة فيه معنى العقوبة وليس بعبادة بوجه
وفي رواية لو قال ما أملك صدقة في المساكين يتناول كل مال لأن الملك أعم من المال
ألا ترى أنه قد يملك غير المال كالقصاص والنكاح والخمر. والمخصص إيجاب الشرع وهو
مختص بلفظ المال في الكتاب والسنة ولم يوجد المخصص في لفظ الملك فيبقى عاما. والصحيح
أنهما سواء لأنهما يستعملان استعمالا واحدا. ولأن الظاهر التزام الصدقة بالفاضل

إلى الحفظ

في

عن الحاجة سواء بلفظ الملك أو بلفظ المال بخلاف الوصية فإنها تقع في حال الاستغناء
فتنصرف إلى الكل لأن الكل فاضل حينئذ ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب
أمسك قوته فإن أصاب شيئا تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته مقدمة ولم يبين
مقدار قوته لأن ذلك يختلف بقلة العيال وكثرتهم وقيل إن كان صاحب حرفة
يمسك قوت يوم وإن كان صاحب غلة يمسك قوت شهر وإن كان صاحب
ضيعة يمسك قوت سنة وإن كان تاجرا يمسك مقدار ما يرجع عليه ماله اعتبارا
لتفاوت وصولهم إلى المال ومن أوصى إليه ولم يعلم حتى باع شيئا من التركة فهو
وصي وبيعه جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في
الوصية أيضا حتى يعلم لأن كل واحد منهما إنابة إلا أن أحدهما بعد الموت والأخرى
قبله ولهما أن الوصية استخلاف لأن الوصي يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي
فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث أما الوكالة فإثبات ولاية التصرف في ماله
وليست باستخلاف لبقاء ولاية المنوب عنه فلا تصح بلا علم من تثبت له الولاية كإثبات
الولاية بإثبات الملك بالبيع والهبة ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لأن
الإعلام بالوكالة إثبات حق الوكيل ليستوفيه إن شاء وليس فيه إلزام ليشترط
شرائط الإلزام وعزله لا يصح إلا بشهادة رجل عدل أو مستورين عند أبي حنيفة
رحمه الله وعندهما هذا والأول سواء يقبل فيه خبر العدل والفاسق والمستور والعبد
والحر وعلى هذا الخلاف السيد إذا أخبر بجناية عبده فباعه أو أعتقه لا يصير مختارا
للفداء عنده إلا إذا أخبره عدل أو مستوران خلافا لهما والشفيع إذا أخبره واحد
غير عدل فسكت لا تبطل شفعته عنده والبكر إذا سكتت بعد ما أخبرت بإنكاح
الولي والمسلم الذي لم يهاجر إذا أخبر بالشرائع ويحجر المأذون لهما أن هذا من جنس
المعاملات فلا يتوقف على شرائط الشهادة كالإخبار بالتوكيل وله أن الخبر
بهذه الجملة يشبه التوكيل من حيث إن المتصرف يتصرف في ملكه ويشبه الإلزام
من حيث منعه عن التصرف فوجب أن يشترط أحد شطري الشهادة وهو العدد
أو العدالة توفيرا على الشبهين حظهما بخلاف التوكيل لأنه لا إلزام فيه بوجه وبخلاف
الرسول لأن عبارته كعبارة المرسل فصار كأنه حضر قاض باع أو أمينه عبدا
للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد من يد المشتري لم يضمن لأن أمين القاضي
بمنزلة القاضي لأنه نائبه والقاضي بمنزلة الإمام وكل واحد لا يلحقه ضمان لأنهم
يحتاجون إلى مثال هذا في كل يوم مرارا أو أطوارا فلو قلنا برجوع الحقوق إليهم
لتقاعدوا عن إقامتها فتختل مصالح الناس ويرجع المشتري على الغرماء لأنه عقد
لم تجب عهدته على العاقد فتجب على من وقع العقد له والبيع واقع للغرماء فتكون
العهدة عليهم كما لو كان العاقد صبيا محجورا أو عبدا محجورا وقد تعذر عن غيرهما

بالبيع

بالبيع فإن الحقوق ترجع إلى الموكل ولو أمر القاضي الوصي ببيعه للغرماء فباعه لهم
وقبض المال وضاع من يده واستحق العبد أو مات قبل القبض رجع المشتري على الوصي
لأن الرجوع بالثمن من حقوق العقد وحقوق العقد ترجع على العاقد والعاقد هو الوصي
نيابة عن الميت لأنه وإن نصبه القاضي فإنما نصبه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما
مقام القاضي وحقوق العقد ترجع إليه لو باشر العقد بنفسه في حياته فكذا ترجع
إلى من قام مقامه ثم يرجع الوصي على الغرماء لأنه باع لهم فكان عاملا لهم ومن عمل لغيره
عملا ولحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل ولو ظهر للميت بعد هذا مال رجع الغريم
فيه بدينه لأن دينه لم يصل إليه وقيل لا يرجع بما غرم للوصي من الثمن لأن الضمان وجب
عليه بفعله لما أن قبض الوصي كقبضه والأصح أن يرجع لأنه قضى ذلك وهو كان مضطرا
فيه والوارث إذا احتاج إلى بيع شيء من التركة وهو صغير فباعه الوصي ثم استحق رجع
المشتري بالثمن على الوصي والوصي على الوارث ولو باعه أمين القاضي رجع المشتري على الوارث
إذا كان أهلا وإن لم يكن أهلا ينصب القاضي عنه من يقضي دينه

فصل

إذا قال القاضي قضيت عليه بالرجم فارجمه أو بالقطع في سرقة فاقطعه أو بالضرب في الحد
فاضربه وسعك أن تفعله وقال محمد رحمه الله أخيرا لا يقبل قوله حتى يعاين الحجة
أي الشهادة أو الإقرار لأن قول القاضي يحتمل الغلط والتدارك لا يمكن وعلى قياس
هذه الرواية لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي عند محمد رحمه الله وكثير من مشايخنا
رحمهم الله أخذوا برواية محمد رحمه الله في هذا قالوا ما أحسن هذا في زماننا لأن القضاة
قد فسدوا فلا يؤتمنون على نفوس الناس ودمائهم وأموالهم إلا في كتاب القاضي إلى القاضي
فإنهم أخذوا فيه بظاهر الرواية للضرورة ولأن الخيانة في ذلك قلما تقع ووجه ظاهر الرواية
أن القاضي أمين فيما فوض إليه ونحن أمرنا بطاعة أولي الأمر وطاعته في تصديقه وقبول
قوله فصار قوله بحق الولاية كقول الجماعة فجاز الاعتماد على قوله في كل باب ولذلك
صار كتاب القاضي إلى القاضي حجة لأن إخباره كشهادة شاهدين فيصح كما يصح من
الشاهدين على شهادة شاهدين وقال الشيخ الإمام أبو منصور رحمه الله إن كان
القاضي عالما عادلا يجب قبول قوله لظاهر الأمر وعدم تهمة الخطأ والخيانة وإن كان
عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن تفسيره وجب تصديقه وإلا لا وإن كان جاهلا
فاسقا لا يقبل قوله إلا أن يعاين سبب الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال قاض معزول
لرجل أخذت منك ألف درهم ودفعته إلى زيد قضيت به عليك فقال المأخوذ
منه أخذته ظلما فالقول للقاضي وكذا لو قال قضيت بقطع يدك بحق وقال فعلته
ظلما فالقاضي مصدق بكل حال إذا كان المأخوذ منه ماله أو المقطوع يده مقرا أنه فعل ذلك
وهو قاض لأن المقضي عليه لما أقر أنه فعل ذلك في حال قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر
للقاضي لأن فعل القاضي على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فجعل القول قوله

ولا يجب على القاضي في ذلك لانه ثبت انه فعل ذلك في قضائه بتصادقهما ولا يمين
على القاضي لانه لو لزمه اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ ولو اقر القاطع
والآخذ بما اقر القاضي لم يضمنا ايضا لان قول القاضي حجة ودفعه صحيح كما لو كان
معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ منه ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ او انما
فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا في الصحيح لانه متى
عرف انه كان قاضيا صحت اضافته الاخذ الى حالة القضاء لان حالة القضاء معهودة
وهي منافية للضمان فصار القاضي بالاضافة الى تلك الحالة منكرا للضمان فكان
القول له كما لو قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا ولو اقر
القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي ضمنا لانهما اقرا بسبب الضمان بخلاف
الاول لثبوت فعله في قضائه بتصادقهما ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد
اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه ماله وصدقه القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى
فعله في غير قضائه اخذ المقضي عليه ذلك منه لانهم تصادقوا ان العين كانت في يد
الاول وان وصوله الى الثاني من جهته فيؤمر بالتسليم اليه اعادة لما كان للاول والقاضي
بما قال يريد اثبات الاستحقاق للثاني وليس له هذه الولاية في الحال لانه معزول
بخلاف ما لو كان هالكا لان القاضي ينكر وجوب الضمان والقول قول المنكر

فصل

الاصل ان القاضي اذا قضى لغيره في فصل مجتهد فيه ينفذ على الكل ولم
يجز لاحد ابطاله وان قضى لمن لا تقبل شهادته له كالابن مثلا كان باطلا
وليس للآخر تنفيذه لاجماع الامة على ان قضاءه لنفسه او لابنه باطل فكان تنفيذ
الثاني مخالفا للاجماع ولو وقع صورة القضاء للاجنبي وفيه قضاء لنفسه لا ينفذ
ويتوقف على الامضاء لانه مجتهد فيه فان امضاه نفذ والا لا رجل مات والقاضي
مديونه فشهد رجلان لرجل ان الميت اوصى اليه فقضى بوصايته فان ادى دينه اليه
بريء ولو عكس لا اي لو قضى الدين اولا ثم قضى بالوصاية لا ينفذ ولا يبرأ لانه
يريد تصحيح ادائه فكان قضاء لنفسه كالشهادة اي القاضي صلح شاهدا في الفصل
الاول دون الثاني والبنوة اي لو ادعى رجل انه ابن الميت فقضى به وقضاه الدين
الذي عليه برئت ذمته ونفذ قضاؤه ولو قضى الدين اولا ثم قضى له بالبنوة لم ينفذ
ولو غاب رب الدين فادعى رجل انه وكيله بقبض دينه واقام البينة على ذلك فقضى
بوكالته ثم ادى الدين اليه لا ينفذ ولا يبرأ لانه لو شهد بها لا تقبل فان رفع الى
قاض آخر فامضاه نفذ ولم يكن لاحد ان يرده بعده لان قضاء الثاني صادف محلا
ساغ فيه الاجتهاد اذ الوكالة كالوصاية من حيث ان كل واحد منهما اقامة
الغير مقام نفسه ولهذا لو قال انت وكيلي بعد موتي يكون ايصاء وبعكسه لا ينفذ
وان نفذ اي لو ادى الدين ثم قضى بالوكالة لا ينفذ وان نفذه غيره لانه لم يصادف

محل الاجتهاد لان قضاءه لنفسه باطل كقضاء عبد وصبي وكافر على مسلم فانه لا ينفذ
ابدا وينفذ قضاء من حد بقذف وتاب والاعمى بالتنفيذ لان قضاءهما مختلف
فيه ففي الاول خلاف الشافعي رحمه الله وفي الثاني خلاف مالك رحمه الله وكذا لو قضى
لامرأته بشهادة عدلين يتوقف على التنفيذ لان القضا مختلف فيه كالشهادة وكذا
لو قضت امرأة بحد وقود يتوقف على التنفيذ للاختلاف في نفس القضا فان شريحا
يجوز شهادتهما في الحدود والقصاص ولو قضى بشهادة محدود في قذف قد تاب
نفذه الثاني ولو ابطله نفذه الثالث لانه قضى في مجتهد فيه كما لو قضى لامرأة بشهادة
زوجها او بحد او قصاص بشهادتهما شهدا على رجل انه طلق امرأته ثلاثا وقد وطئها
منع الزوج من الخلوة بها حتى لا يقع في الحرام ولم يخرجها من منزلها الذي يضاف اليها
بالسكنى لانها منكوحته او معتدته وجعل القاضي معها امينة ونفقة الامينة في بيت
المال لانها بالخلوة عاملة لله تعالى ولها نفقة العدة مدة التزكية ولا يجب الزيادة
على نفقة العدة ان طالت مدة مسألة الشهود لانها ان كانت مطلقة فقد مضت عدتها
وان كانت منكوحة فهي ممنوعة عن الزوج لا لمعنى من قبله فلا تستحق النفقة فان
زكيت وفرق لا ترد النفقة لانها اخذت نفقة العدة وقد ظهر انها كانت معتدة
وان لم تزك ترد على الزوج ما اخذت من النفقة مدة المسألة عن الشهود لانه ظهر انها
اخذت بغير حق ولانها اخذت حال كونها ممنوعة عن الزوج لا بمعنى من قبله وخلي
بينه وبين امرأته لانه لم يثبت الطلاق ولو شهدا بعتق امة توضع عند امينة
حتى تظهر عدالة الشهود ولها النفقة مدة المسألة لانها وجبت بالملك وهو قائم ما لم يقض
بالحرية فان زكيت رجع عليها بما انفق لانه تبين انها كانت حرة واخذت النفقة
بلا حق كما لو اكلت في بيته بلا اذنه ثم ظهرت الحرية الاصلية رجع عليها وان اكلت
باذنه لا يرجع لانه اباح لها الاكل فان شهدا انها لرجل توضع على يد عدل وينفق
ذو اليد لقيام الملك له فان زكت لم يرجع بما انفق على احد عند ابي حنيفة رحمه الله
اما على المدعى فلانه انفق على امته بلا اذنه واما على الامة فلانه لما ظهرت العدالة تبين
انها كانت مغصوبة في يد المدعى عليه وجناية المغصوب على الغاصب هدر عنده
ولو كان المدعي عبدا او دابة لم يوضع على يد عدل مدة التزكية لان الوضع في الامينة
انما كان تعظيما لامر الفرج حقا لله تعالى ولم يوجد هنا الا اذا كان متهما بالفساد
ولا يؤمر بالنفقة ولكن يؤخذ كفيل بنفسه وبالمدعى لان احضاره يشترط والله اعلم

كتاب الشهادات

هي الاخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين
وحسبان والنية الاشارة المصطفوية بقوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد
والا فدع والقياس يأبى ان يكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب
والمحتمل لا يكون حجة ملزمة ولكنا تركنا القياس بالنصوص والاجماع ثم الشهادة

فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء
اذا ما دعوا . وقوله ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه . فخص القلب وان
كانت الجملة آثمة لانه رئيس الاعضاء والمضغة التي اذا صلحت صلح الجسد كله . وان
فسدت فسد الجسد كله . فكانه قيل قد يمكن الاثم في اصله وذلك اشرف
شيء منه . ولان افعال القلوب اعظم من افعال سائر الجوارح . فافضل الحسنات
والسيئات الايمان والكفر وهما من افعال القلوب فاذا جعل كتمان الشهادة
من افعال آثام القلوب فبان انه من اعظم الذنوب وانما شرط طلب المدعي لانها
حقه فيشترط طلبه كما في سائر الحقوق . والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد
بين الستر والاعلان لتردده بين حسبة اقامة الحد وبين حسبة الستر . والستر
افضل لقوله تعالى ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب
اليم في الدنيا والآخرة . وقال عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك
لكان خيرا لك . وتلقينه عليه السلام الدرء بقوله لعلك لمستها او قبلتها انه ظاهر
على استحسان الستر . الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ ولا يقول
سرق احياء لحق المسروق منه ورعاية لجانب الستر . وهذا لان القطع والضمان
لا يجتمعان . وفي التصريح شهادته بالسرقة ابطال لحق العبد وترك الستر وفي شهادته
بالاخذ رعاية لحق العبد ومحافظة على الستر . والشهادة على مراتب منها الشهادة
في الزنا يشترط فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى لولا جاؤا عليه باربعة شهداء . ثم لم
يأتوا باربعة شهداء فاستشهدوا عليهن اربعة منكم . وليس فيها معنى سوى
ان الله تعالى يحب الستر على عباده ولا يرضى باشاعة الفاحشة . فان قيل في هذه
النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيها بيان نفي ذلك بدون العدد . قلنا
المقادير في الشرع تمنع الزيادة او النقصان او تمنعهما وهذا التقدير لا يمنع الزيادة .
فلو لم يفد منع النقصان لم يبق لهذا التقدير فائدة ولان هذه قضية متلقاة من
جهة الشرع فينتهي ما انتهى اليه ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضي الله عنه
مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة
للنساء في الحدود والقصاص . ولان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فاستشهدوا
شهيدين من رجالكم . فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان عند عدم شهادة رجلين
وهذه آية البدلية فاذا لم يثبت آية البدلية لشهادتهن مع وجود الرجال فلا يتقاعد
عن ايراث الشبهة البدلية وحقيقة البدلية تمنع القضاء بما يسقط بالشبهات
كالحدود والقصاص كالشهادة على الشهادة فشبهته ايضا تمنع لان الشبهة فيها
كالحقيقة . ومنها الشهادة بسائر الحدود والقصاص يشترط فيها شهادة رجلين
لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم . ولا تقبل فيها شهادة النساء

لما بينا من الحديث والمعقول . وشرط الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع
عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه . والالف واللام اذا دخلتا على الجمع جعلتاه للجنس اذا لم يكن ثم معهود والكل
ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل ضرورة لبطلان العدد بواسطة الجنسية . وعند
الشافعي رحمه الله يشترط الاربع لان المرأتين قامتا مقام رجل واحد . وعند مالك
رحمه الله يعتبر امرأتان لانه سقط اعتبار صفة الذكورة للعذر فبقي العدد معتبرا .
ولنا ان صفة الذكورة انما سقطت ليخف النظر اذ النظر الى العورة حرام الا انا اعتبرنا
نظر جنسها . لان نظر المرأة الى عورة المرأة اخف لان شهوتهن اليهن اقل من نظر الرجال
الى عورتهن فكذلك يسقط اعتبار العدد . لان نظر الواحدة اخف من نظر الجماعة والاثنتان
والثلاث احوط لزيادة طمأنينة القلب . ثم حكمها في الولادة مر في الطلاق . واما حكم
البكارة فان شهدت انها بكر تؤجل في العنين ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد لان
البكارة اصل في النساء وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط انها بكر . فان قلن انها
ثيب يحلف البائع بالله انها لبكر كما يقول ان كان قبل القبض . وان كان بعد القبض
بالله لقد سلمها وهي بكر . واما شهادتهن على استهلال الصبي فلا تقبل عند ابي حنيفة رحمه الله
في حق الارث لانه صوت عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال . وتقبل في حق الصلاة
عليه لانه من امور الدين وخبر المرأة الواحدة حجة في ذلك كشهادتها على هلال رمضان
وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لان الرجال لا يحضرون ذلك الموضع ليسمعوا صوته
فصارت كشهادتهن على نفس الولادة . وذكر في الايضاح والمستزاد تقبل شهادة رجل
واحد . ولغيرهما من الحقوق شرط شهادة رجلين او رجل وامرأتان سواء كان الحق
مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والايداع والوكالة والوصية والرجعة
ونحو ذلك . وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال
وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل فيها عدم القبول لكونها حجة ضرورية
اذ الحكم نقل اليها بشرط عدم الرجال كما نقل من الطهارة الى التيمم عند عدم الماء ولانه
قد تمكن الخلل فيما هو شرط صحة الشهادة وهو العقل . قال عليه السلام انهن ناقصات
العقل والدين والضبط لغلبة النسيان عليهن ولهذا اقام الاثنتان مقام الرجل الواحد
حتى اذا نسيت احديهما ذكرتها الاخرى كما نطق به النص . ولهذا لا تصلح للامارة
ولا تقبل في العقوبات ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن . وانما قبلناها في الاموال
لهوانها وكثرة وقوع اسبابها ضرورة لانه يلحقهم الحرج باشهاد رجلين في كل حادثة
ولا ضرورة في النكاح لانه اقل حرفة وقوعا واعظم خطرا . ولنا ما روي ان عمر وعليا
رضي الله عنهما اجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة اصلية لا ضرورية
والاصل فيها القبول لوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المعاينة فيها تحصل العلم للشاهد

والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ الى وقت الاداء فيه يحصل العلم للقاضي للقاضي •
فلهذا لا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بغلبة النسيان انجبر بضم امراة اليها
والنقصان اذا انجبر صار كان لم يكن • الا ان سبب النقصان وهو الانوثة فاثبت
ثبوت شبهة وفيها شبهة البدلية ايضا فلا تقبل فيما يسقط بالشبهات • وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهات • الا ترى انها تثبت مع الهزل الذي لا يثبت به المال فلان تثبت
بما يثبت المال احق وانما لم تقبل شهادة الاربع منهن على خلاف القياس لما فيه من زيادة
كشفهن وكثرة خروجهن • ويشترط للكل لفظ الشهادة لان النصوص وردت
بهذه اللفظة وجواز الحكم بهذه الشهادة بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو
ورد بهذه اللفظة فيتقيد بها • ولان فيها زيادة تاكيد لان فيها معنى الحلف فانه
لو قال اشهد ان لا افعل كذا يكون يمينا وفي اليمين معنى التاكيد • اذ الحالف
يتقوى به على تحقيق ما قرنه بها من تحصيل فعل او تركه • واذا كان كذلك كان الامتناع
عن الكذب بهذه اللفظة اشد فلا يلحق بها غيرها • حتى لو لم يذكر الشاهد لفظ الشهادة
وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته • والعدالة لقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء •
والمرضي هو العدل • وقال تعالى ذوي عدل منكم • ولان الخبر يحتمل الصدق والكذب
والحجة هو الصدق وبالعدالة تترجح جهة الصدق وهي الانزجار عن محظورات دينه
اذ من ارتكب غير الكذب من المحظورات فقد يرتكب الكذب ايضا • وفي شرط العمل
بالشهادة لا بشرط اهلية الشهادة • لان الفاسق اهل الولاية والقضاء والسلطنة والامامة
والشهادة عندنا • وعن ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس
ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يتمكن من تهمة الكذب في شهادته • فلوجاهته
لا يتجاسر احد على استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة
له في ذلك • والاصح ان شهادته لا تقبل لان قبول الشهادة لاكرام الشاهد • قال
عليه السلام اكرموا الشهود فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم • وفي حق الفاسق امرنا
بخلافه • قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر • ومن يكون
معلنا للفسق فلا مروءة له شرعا فلهذا لا تقبل شهادته • الا ان القاضي لو قضى بشهادته
يصح عندنا • وقوله للكل يرجع الى جميع ما تقدم حتى يشترط لفظ الشهادة •
ولان فيها معنى الالزام لاختصاصها بمجلس القضاء واشتراط الحرية والاسلام •
ولا بد ان يسال عن الشهود في السر والعلانية في ساير الحقوق عند ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله • وعند ابي حنيفة رحمه الله يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم
فلا يسال عن الشاهدين حتى يطعن المشهود عليه فيهما • فان طعن فيهما سال عنهما
في السر كما في العلانية • الا في الحدود والقصاص فانه يسال في السر ويزكي
في العلانية فيهما بالاجماع • طعن الخصم او لم يطعن • وعندهما يسال في الكل

طعن

طعن الخصم او لم يطعن • ثم قيل هذا اختلاف عصر وزمان لانه افتى في القرن الثالث
الذين شهد لهم النبي صلى الله عليه وسلم بالخيرية بقوله عليه السلام خير القرون قرني الذي
انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل ان يستحلف
ويشهد قبل ان يستشهد • وهما افتيا في القرن الرابع الذي شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
بفشو الكذب فيهم • وقيل هذا اختلاف حجة وبرهان • لهما ان القضاء مبني على الحجة
وهي شهادة العدول لما تلونا والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر فهو يصلح للدفع
لا للالزام وحاجتنا الى الزام الحكم وذا لا يكون الا بحجة ملزمة فوجب التعرف عن العدالة
لالزام الحكم • وله قوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا
في قذف • ومثله عن عمر رضي الله عنه فهذا من صاحب الشرع اقوى من تعديل المزكي •
ولان العدالة ثابتة من حيث الظاهر نظرا الى دينه وعقله لانهما يمنعانه عما هو محظور
دينه فاكتفي باثبات الظاهر لاثبات ما لم يكن اذا لم يكن ثم منازع اذ لا يمكن
الوصول الى القطع بحقايقها • وهذا لان اقصى درجاته ان يعرف متحاميا عن المحظورات
متمسكا بالطاعات وذا لا يدل على تمسكه بالصدق في الشهادات • الا ترى ان الملك الثابت
بظاهر اليد يصلح حجة لاستحقاق الشفعة اذا لم يكن المشتري منازعا ولا منازعة
قبل الطعن فيصلح حجة وبعد الطعن وجدت المنازعة فتقابل الظاهران اذ الاسلام
الخصم وعقله يمنعانه عن الطعن في الشهود ايضا فوجب الترجيح بالسؤال • بخلاف
الحدود والقصاص لان مبناهما على الدرء فيحتال لمزيد الاسقاط والفتوى على قولهما في
هذا الزمان • ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها نسب الشاهد
وحليته ومصلاه اي مسجده الذي يصلي فيه ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا
يظهر فيخدع او يقصد • وتزكية العلانية ان يجمع القاضي بين المزكي وبين الشهود
في مجلس القضاء فيسال المزكي عن الشهود بحضرة الشهود هؤلاء عدول مقبولو الشهادة
لتزكيتهم او تجرحهم وفيه نفي شبهة تعديل غيرهم • وكانت التزكية في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم علانية • لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا
يخاف من المدعي او من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق فلا يبتلونه بالاذى لو جرحهم
ووقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا وتركت تزكية العلانية لانها بلاء وفتنة
اذ الشهود والمدعي يبتلون الجارح بالاذى والاضرار به • ثم قيل لا بد ان يقول
المعدل هو جايز الشهادة • اذ العبد او المحدود اذا تاب قد يعدل • والاصح ان يكتفى بقوله
هو عدل لثبوت الحرية بالدار • وتعديل الخصم لا يصح يعني في قول من يرى ان يسال
عن الشهود • وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه تصح تزكيته ويقضي بشهادتهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان العدد في المزكي ليس بشرط عندهما • وعند
محمد رحمه الله يضم تزكية اخر الى تزكيته لان العدد في المزكي شرط • وجه ظاهر

المراقبة لأن في زعم المدعي وشهوده أن المدعى عليه ظالم كاذب في الجحود فلا تصح تزكيته
لأنه لما كان فاسقا بالجحود كيف يعدل غيره لاشتراط العدالة في المزكي. وموضع
المسألة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا أو قال هم عدول ولم يزد عليه
فإن قال صدقوا فيما شهدوا به علي أو قال هم عدول فيما شهدوا به علي أو قال
شهدوا علي بالحق أو قال عدول صدقة فهو منه إقرار بالحق فيقضي القاضي عليه
بإقراره لا بالشهادة. ويكفي الواحد للتزكية والرسالة والترجمة. أي الواحد يصلح أن
يكون مزكيا ورسولا من القاضي إلى المزكي ومترجما عن الشاهد عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله. والاثنان أفضل وعند محمد رحمه الله لم يكف إلا اثنان
لأن الشهادة إنما تصير شهادة بها فيشترط لها العدد كما شرطت الذكورة في المزكي
في الحدود. ولأن أصل الظن بالشهادة وكماله بالتزكية وقد شرطت العدالة في هذا
الشطر فيشترط فيه العدد أيضا اعتبارا لأحد الشطرين بالشطر الآخر. ولهما أنها
ليست بشهادة حتى لا يشترط فيها لفظ الشهادة ومجلس القضا وكذا لا يشترط العدد
وإنما شرطنا العدد في الشهادة بالنص على خلاف القياس إذ رجحان جهة الصدق قد ظهر
بخبر الواحد العدل حتى كان خبر الواحد العدل حجة في الديانات فكما لا يثبت علم اليقين
بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغوا حد التواتر فيقتصر على مورد النص وهذا
في تزكية السر أما في تزكية العلانية فالعدد شرط بالإجماع. لأن معنى الشهادة
فيها أبين فإنها تختص بمجلس القضا بخلاف تزكية السر. والعبد أو المرأة أو المحدود يصلح
مزكيا في تزكية السر لا في تزكية العلانية. وقالوا يشترط الأربعة في تزكية
شهود الزنا عند محمد رحمه الله

فصل

وما يتحمله الشاهد على نوعان نوع يثبت بنفسه
بلا إشهاد كالبيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل فإذا سمع الشاهد البيع والإقرار
وحكم الحاكم أو رأى الغصب والقتل وسعه أن يشهد وإن لم يشهد عليه لأنه علم ما هو موجب
بنفسه عيانا وذا مطلق للأداء قال الله تعالى إلا من شهد بالحق وهم يعلمون. وقال
عليه السلام إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع. ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني
لئلا يكون كاذبا. ولو سمع من وراء الحجاب لم يجز أن يشهد ولو شهد وفسر للقاضي
لا يقبله لأن الصوت يشبه الصوت فلا يحصل العلم إلا إذا دخل البيت وعلم أنه ليس فيه غيره
ثم خرج وقعد على الباب وليس للبيت مدخل غيره فسمع إقرار من في البيت ولا يراه فحينئذ
حل له أن يشهد على إقراره لحصول العلم في هذه الصورة. ونوع لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة
على الشهادة فإذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده لأنه
تصرف على الأصل من حيث رفع الولاية في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإثبات الولاية
الثابتة للغير ضرر عليه فلا بد من الإنابة والتحميل منه. وكذا لو سمعه يشهد الشاهد
على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لأنه لم يحمله وإنما حمل غيره. ولا يعمل شاهد

وقاض وراو بالخط إن نسوا. أي الشاهد إذا رأى خطه لا يحل له أن يشهد إلا بتذكر الشهادة
وكذا القاضي إذا وجد في ديوانه إقرار رجل لرجل بحق من الحقوق أو شهادة شهود شهدوا
لرجل على رجل بحق من الحقوق وهو لا يذكر ذلك لا يحكم بذلك ولا ينفذه حتى يذكره
وكذا الراوي إذا لم يتذكر لا يحل له الرواية. لأن الشهادة أو القضا أو الرواية لا تحل
إلا عن علم ولا علم هنا لأن الخط يشبه الخط فلعله كان خط غيره فلما اشتبه خطه ظن
أنه خطه. قيل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يحل له أن يشهد لأن الظاهر
أنه خطه والعمل بالظاهر واجب وإن ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم
ممن يثق بهم أنا شهدنا نحن وأنت لا يحل له أن يشهد اعتمادا على تذكر المجلس. ولا يجوز
للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه
يسعه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبره بها من يثق به استحسانا والقياس أن لا تجوز
الشهادة بالتسامع في شيء لأن المطلق للشهادة العلم وذا إنما يحصل بالمعاينة أو بالتواتر فصار
كالبيع والهبة. وجه الاستحسان أن معاينة أسباب هذه الأمور مختصة بجمع
خاص فسبب النسب الولادة ولا يحضرها إلا القابلة وسبب القضا التقليد ولا يعاين
ذلك إلا الوزير ونحوه من الخواص وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وكذا الموت
لا يعاينه كل أحد والدخول لا يقف عليه كل أحد إلا بأماراته. فإذا سمع من الناس أن فلان
ابن فلان الفلاني أو أن فلانة زوجة فلان وهو يدخل عليها أو رأى رجلا قضى لرجل أو سمع
من الناس أنه قاضي هذه البلدة أو سمع منهم يقولون أن فلانا مات وسعه أن يشهد وإن
لم يعاين الولادة على فراشه أو عقد النكاح أو تقليد السلطان إياه القضا أو الموت لأنه يتعلق
أحكام تبقى على مر الدهور فلو لم تجز الشهادة فيها بالتسامع لأدى إلى الحرج أو تعطيل تلك
الأحكام. بخلاف البيع أو الهبة لأنه كلام يسمعه كل أحد. وإنما يجوز أن يشهد بالتسامع
إذا حصل له العلم بالتواتر أو بالاشتهار أو بإخبار من يثق به. ويشترط أن يخبره رجلان
عدلان أو رجل وامرأتان لأنه أقل نصاب يفيد العلم الذي ينبني عليه الحكم في المعاملات.
وقيل يكتفى في الموت بإخبار واحد أو واحدة لأن الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة
فلا يحضرها غالبا إلا واحد أو واحدة بخلاف النسب والنكاح وينبغي أن يطلق أداء
الشهادة ولا يفسر فلو فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته هو الصحيح
ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء ويدخل عليه الناس للمحاكمة وسعه أن يشهد بكونه
قاضيا. وكذا لو رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا واحدا وينبسط كل واحد منهما
إلى صاحبه انبساط الأزواج حل له أن يشهد بينهما بالنكاح كما لو رأى عينا في يد غيره
عملا بظاهر الحال. ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة. حتى
لو فسر للقاضي يقبله. ثم فصل الاستثناء على هذه الأشياء الخمسة يدل على أنه لا يجوز
أن يشهد بالتسامع في الولاء والوقف. وعن أبي يوسف أنه يجوز في الولاء لأن الولاء لحمة

الأيام ع

كلحمة النسب. وعن محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مر الاعصار وكر الدهور
ولنا ان الولاء يبتنى على العتق ولا بد من المعاينة فيه فكذا فيما يبتنى عليه. واما الوقف
فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف لانه يبقى على انقضاء القرون
دون شرائطه لان اصل الوقف يشتهر واما شرائطه التي شرطها الواقف فلا تشتهر.
قال الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني رحمه الله لا بد من بيان الجهة بان يشهدوا
ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة ونحو ذلك. حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم
لا تقبل شهادتهم وتاويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف ان بعد ما ذكروا
ان هذا وقف على كذا لا ينبغي لهم انه يبدا من غلته فيصرف الى كذا ولو قالوا
ذلك في شهادتهم لا تقبل شهادتهم. ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان
تشهد انه له. لان الملك في الاشياء لا يعرف بطريق اليقين وانما يعرف بطريق
الظاهر واليد بلا منازعة دليل الملك ظاهرا بل لا ملك دليل لمعرفة الملك في حق الشاهد
سوى اليد بلا منازعة. لان اقصى ما في الباب انه يعاين اسباب الملك من البيع
والهبة ونحوهما. لكن البيع انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع. وكذا الهبة
وانما يعرف كون المبيع والموهوب ملكا للبائع والواهب بيده بلا منازعة. قالوا انما
يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد اذا وقع في قلبه انه ملكه. فان وقع في قلبه
انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك. لان الاصل اعتبار علم اليقين بجواز الشهادة
لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع. فعند اعوازه يصار
الى ما يشهد به القلب. وقال الشافعي رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف
وبه قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد يتنوع الى ملك ونيابة وضمان فيشترط
انضمام التصرف للشهادة على الملك. قلنا التصرف يتنوع ايضا الى نيابة كالوكيل
والمضارب والى اصالة فلا معنى لاعتبار هذه الزيادة اذ الاحتمال لا يزول بها. ولان الاصل ان
الاملاك تكون في ايدي الملاك وكونها في يد غيرهم عارض فرجحنا الاصل وينبغي ان لا
يقيد الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد حتى لو بين ذلك يرد كما مر
في التسامع. لان معاينة اليد في الاملاك مطلق للشهادة بالملك لا موجبة والقاضي
يلزمه القضاء بالملك بالشهادة. ثم المسالة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك
بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا
منازع ثم راه في يد الاخر فجاء الاول وادعى الملك وسعه ان يشهد للاول بالملك بناء
على يده. وان عاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان ابن فلان
الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب اليه الملك وادعى ملكيته هذا
المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا. لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك
معلوما بالتسامع والملك معروف. وان لم يعاين الملك والمالك ولكن سمع من الناس

قالوا

قالوا لفلان ابن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا وكذا وهو لم يعرف تلك الضيعة
ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك. وان عاين المالك دون الملك بان عرف
الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها
لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالحدود وهو شهادة الشرط. واما العبد
والامة فان كان يعرف انهما رقيقان حل للرائي ان يشهد لذي اليد بالملك لان الرقيق لا يكون
في يد نفسه بل يكون في يد المستولي عليه. وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران
لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما فتثبت يد المولى عليهما حقيقة وصارا كالثياب	ب
والدواب. وان كانا كبيرين او صغيرين يعبران عن انفسهما فذلك مصرف الاستثناء
لان لهما يدا على انفسهما. حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول له فلا يثبت لغيره عليه
يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك. ولا يمكن ان يعتبر التصرف وهو الاستخدام	ستخدام
مطلقا للشهادة لانه لا يصلح دليلا على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه طوعا كما يخدم
العبد سيده. وعن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله انه يحل له ان يشهد فيهما
ايضا فجعلوا اليد دليلا على الملك في الكل. الا ترى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره
وذو اليد يدعي لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

الاصل ان اداء الشهادة يرد
بالتهمة لقوله عليه السلام لا شهادة للمتهم. ولان الخبر انما صار حجة بترجح جانب الصدق
فيه. وعند ظهور سبب التهمة لا يترجح جانب الصدق ثم تمكن التهمة تارة يكون بمعنى
في الشاهد وهو الفسق لان من لم يتحرز عن ارتكاب محظور دينه مع اعتقاده حرمته يتهم
بانه لا ينزجر عن شهادة الزور. وقد يكون لتهمة الكذب في الشاهد مع قيام العدالة
بدليل شرعي وهو في حق المحدود في القذف بعد التوبة فان الله تعالى جعل عجزه عن الاتيان
باربعة شهداء دليل كذبه. وقد يكون لمعنى في المشهود له باعتبار وصلة بينه وبين
الشاهد بزوجية او ولاد او ملك او شركة فتتمكن تهمة الكذب في شهادته بان
يميل اليه ويؤثره على المشهود عليه على ما عليه عادة الناس. وقد يكون لمعنى في الشاهد وهو
لا يقدح في عدالته وولايته وهو العمى. فترد شهادة الاعمى. وقال مالك رحمه الله تقبل
شهادته لان العمى لا يقدح في الولاية والعدالة وباعتبارهما تجب قبول الشهادة ولهذا
قبلت روايته الاعمى. وقال زفر رحمه الله تقبل شهادته فيما تجري فيه التسامع وهو
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله. لانه في السماع كالبصير. وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم اداها وهو اعمى تقبل لصحة
بالمعاينة وبعد صحة تحمله يحتاج الى الحفظ والاداء عند القاضي والاعمى فيهما كالبصير
وتعريف المشهود له والمشهود عليه بذكر الاسم والنسب ولنا ان الاشارة اليهما بطريق يعلم
انه مصيب في ذلك كاف لاداء الشهادة. الا ترى ان البصير اذا شهد على ميت او غا

يقام ذكر الاسم مقام الإشارة في تحمل الشهادة كذا هنا. ولنا أن في شهادة الأعمى
تهمة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فترد شهادته كشهادة الابن لأبيه. وهذا لأنه يحتاج
في أداء الشهادة إلى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه بالإشارة إليهما وإلى المشهود به
فيما يجب إحضاره وآلة هذا التمييز البصر وقد عدم. وإنما يميز الأعمى بين الناس بالصوت
وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود فيرد بخلاف ما ذكر لأنه لا يمكن التحرز عنها
بجنس الشهود ثم. لأن المدعي وإن استكثر الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم والنسب
مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته. ولأن النسبة لتعريف الغائب دون
الحاضر على أن الإشارة ثم تقع إلى وكيل الغائب أو وصيه وهو في ذلك قائم
مقامه وصار كالحدود والقصاص. ولو عمي بعد الأداء قبل القضاء يمتنع القضاء
عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لأن قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء لأنها
تصير حجة بالقضاء وصار كما لو خرس أو جن أو فسق بخلاف ما لو ماتوا أو غابوا
لأن بالموت تتناهى الأهلية والشيء بانتهائه يتقرر والغيبة لا تنافي الأهلية. وترد شهادة
المملوك والصبي خلافا لمالك رحمه الله فيهما لأن الشهادة من باب الولاية لأنه قول
ملزم على الغير ابتداء وليس معنى الولاية إلا هذا. والأصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية
لهما على أنفسهما فعلى غيرهما أولى. إلا أن يؤدياها في الحرية والبلوغ ما تحملا قبلهما. لأن
التحمل بالمعاينة أو السماع وهما لا ينافيانهما وعند الأداء هما من أهل الشهادة. وترد
شهادة من حد للقذف وتاب. وقال الشافعي رحمه الله تقبل إذا تاب لقوله تعالى
إلا الذين تابوا والاستثناء متى تعقب كلمات عطف بعضها على بعض ينصرف إلى جميع ما
تقدم. ولأن الموجب لرد شهادته فسقه وقد ارتفع بالتوبة. ولنا قوله تعالى ولا تقبلوا
لهم شهادة أبدا ولأن رد شهادته من تمام حده وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا
المتمم له وهذا لأن فيه معنى الزجر لأنه مؤلم قلبه كما أن الجلد مؤلم بدنه وقد
آذاه بلسانه فعوقب بإهدار منفعة لسانه جزاء وفاقا. بخلاف المحدود في غير القذف
لأن الرد ثم للفسق ولم يبق بالتوبة. إذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له. وهنا
الرد للحد والاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون
لأنه للاستئناف لأن ما قبله أمر ونهي فوصلا إلى الأئمة وهذه جملة اسمية إخبار عن
حال قائمة فيهم فلم يحسن العطف فكانت مستأنفة. فانصرف الاستثناء إلى هذه الجملة
فحسب. أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن. لأن التائبين ليسوا كالفاسقين فكان
معناه ولكن الذين تابوا فإن الله يغفر ذنبهم ويتوب عليهم ويرحمهم فكان كلاما
مبتدأ غير متعلق بما قبله. والثابت بالنص هو التوقف في خبر الفاسق كما قال تعالى
والمنصوص عليه هنا الرد دون التوقف فتبين أنه ليس بسبب الفسق بل لتمام الحد.
ولو كان كافرا حد في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة لأن له شهادة على

جنسه

جنسه فترد تتمة لحده. فإن أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين. لأن هذه شهادة
استفادها بالإسلام ولم يلحقها رد وهي الشهادة على أهل الإسلام لأنه لم تكن ثابتة
زمان الحد والرد. فلما جازت شهادته على أهل الإسلام جازت شهادته على الكفار ضرورة
بخلاف العبد إذا حد حد القذف ثم عتق حيث ترد شهادته. لأنه لا شهادة للعبد
أصلا في حالة رقه فتوقف الرد على حدوثها. فإذا أحدثت كان رد شهادته بعد العتق
من تمام حده. وإن ضرب الذمي سوطا في قذف ثم أسلم ثم ضرب الباقي جازت شهادته
على أهل الإسلام وأهل الذمة. لأن رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الإسلام
ليس بحد يترتب عليه رد الشهادة. وعن أبي حنيفة إذا ضرب السوط الأخير بعد
الإسلام لا تقبل شهادته لأنه جزء مما يترتب عليه الرد فيثبت به الرد لأن الحكم
يضاف إلى الوصف الأخير. وعنه إذا ضرب الأكثر بعد الإسلام لم تقبل شهادته
وإن كان دون ذلك تقبل لأن للأكثر حكم الكل. وذكر في المبسوط ولا تسقط شهادة
القاذف ما لم يضرب تمام الحد. لأن إقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزى
فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا والتعزير لا يسقط الشهادة. وفي هذه
المسألة عن أبي حنيفة رحمه الله ثلاث روايات إحداها هذه والثانية إذا أقيم عليه
أكثر الحد سقطت شهادته إقامة للأكثر مقام الكل. والثالثة إذا ضرب
سوطا سقطت شهادته لأن من ضرورة إقامة ذلك القدر من الحد الحكم بكذبه
وترد شهادة الولد لأبويه وجديه وعكسه وأحد الزوجين للآخر والسيد
لعبده سواء كان عليه دين أو لا ولمكاتبه. والأصل فيه قوله عليه السلام
لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره والمراد بالأجير التلميذ الخاص
الذي يعد ضرر أستاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام
لا شهادة للقانع بأهل البيت وقيل الأجير مسانهة أو مشاهرة لأنه يستوجب
الأجر بمنافعه فإذا شهد له في مدة الإجارة فكأنه استأجره عليها. ولأن المنافع
بين هؤلاء متصلة فتصير شهادة لنفسه من وجه وقد حققناه من قبل. ومالك
رحمه الله يخالفنا في الولد والوالد فهو يجوز شهادة كل واحد منهما لصاحبه
قياسا على شهادة كل واحد منهما على صاحبه لأنه لا بعضية بينهما والزوجية قد
تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للتآلف والإيثار فصارت نظير
الأخوة. ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بالمنفعة الثابتة
ضمنا كما في الغريم إذا شهد لمديونه المفلس. قلنا الولاية على المشهود به وهو
المال ولكل واحد من الزوجين ولاية على مال صاحبه عادة. ويعد منفعة صاحبه
منفعة نفسه ويعد الزوج غنيا بمال امرأته قيل في تأويل قوله تعالى ووجدك عائلا فأغنى

أي بمال خاص لمحمد رضي الله عنهما. وترد شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما
لانها شهادة لنفسه من وجه. ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لعدم التهمة.
وترد شهادة المخنث والنائحة والمغنية ومدمن الشرب على اللهو لاصرارهم على
الفسق. والمراد بالمخنث في الردي من افعاله فاما اذا كان في كلامه لين وفي اعضائه
تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو عدل مقبول الشهادة. وقد نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ولعن النائحات والمغنيات
ولم يرد به التي تنوح في مصيبتها وانما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه. فان
من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك لا يخرج من ان يكون عدلا وان كان شرب
الخمر كثيرا. وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك اي يخرج سكرانا ويلعب
به الصبيان لانه لا مروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة. وترد شهادة من يلعب
بالطيور لشدة لعبه واصراره على نوع لعب وقد قال عليه السلام ما انا من دد ولا
الدد مني. ولان الغالب ان ينظر الى العورات في السطوح وذا فسق. فاما اذا كان يمسك
الحمام في بيته للاستيناس ولا يطيرها فهو عدل مقبول الشهادة. لان امساك الحمام
في البيوت مباح. الا ترى ان الناس يتخذون بروج الحمام ولم يمنع من ذلك احد.
وترد شهادة من يغني للناس لانه يصر على نوع فسق ويجمعهم على ارتكاب كبيرة
ولا يمتنع عادة عن المجازفة والكذب. واذا كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه
لازالة الوحشة فلا باس به. وترد شهادة من ياتي بابا من الكبائر الموجبة للحد لوجود
تعاطيه بخلاف اعتقاده وذا دليل قلة ديانته فلعله يتجرأ على الشهادة زورا. وترد
شهادة من يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة حرام قال عليه السلام لعن الله
الناظر والمنظور اليه. وقبول الشهادة كرامة فلا يستحقها مستحق اللعنة والعقوبة.
ومن ياكل الربوا لانه فاسق. وشرط في المبسوط ان يكون اكل الربوا مشهورا به
لان الانسان قلما يمكنه التفادي عن الاسباب المفسدة للعقد وكل ذلك ربوا فلهذا
لا تسقط عدالته اذا لم يكن مشهورا باكل الربوا مصرا عليه. او يقامر بنرد وشطرنج
لانه كبيرة. وكذا من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج
بدون القمار فليس بفسق مانع للشهادة وان كان مكروها عندنا. لان الاجتهاد
فيه مشاعا فعند الشافعي رحمه الله هو مباح. ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة
بكل حال. وترد شهادة من يبول على الطريق او ياكل على الطريق او يظهر سب السلف
لان هذه الافعال تدل على قصور عقله ومروءته. ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب عادة
بخلاف من يكتمه. وتقبل شهادته لاخيه وعمه وابويه رضاعا وام امراته وبنتها
وزوج بنته وامراة ابنه وابنه لان الاملاك بينهم متميزة والايدي متحيزة ولا انبساط
لبعضهم في مال البعض فلا تتحقق التهمة. وتقبل شهادة اهل الهوى الا الخطابية.

وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة اهل الاهواء لانهم فسقة. اذ الفسق اعتقادا اغلظ
من الفسق تعاطيا ولا شهادة للفاسق. ولنا ان الفاسق انما لم تقبل شهادته لتهمة الكذب
والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك لانه انما وقع في الهوى للتعمق في الدين. الا ترى
ان منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن الكذب لكن يتناول المثلث
او متروك التسمية عمدا معتقدا اباحته فانه لا يصير مردود الشهادة. واما الخطابية
فهم صنف من الروافض ينتسبون الى الخطاب وهم يدينون بشهادة الزور لموافقيهم على مخالفيهم
وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا
فتتمكن شبهة الكذب في شهادتهم. وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلف
مللهم. وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا شهادة لهم على احد لان الكافر فاسق قال
الله تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا. ولان الفسق عبارة عن الخروج وسمي
المسلم به لخروجه عن حد الدين تعاطيا والكافر خرج عن حد الدين اعتقادا فوجب
التوقف في خبره بالنص. ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم. ومن لا يكون من اهل الشهادة
على المسلم لا يكون من اهل الشهادة على احد كالعبد بل اولى لان الرق من آثار الكفر فاذا كان
اثر الكفر مخرجا عن اهلية الشهادة فاصل الكفر اولى اعتبارا بالمرتد. ولنا ما روي
انه عليه السلام رجم يهوديين زنيا بشهادة اربعة منهم. وعن ابي موسى الاشعري
انه صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه اجماع السلف. ولانه
من اهل الولاية على نفسه وامواله واولاده الصغار فيكون من اهل الولاية على جنسه عند
وجود شرط تعدي ولايته الى الغير والشهادة نوع ولاية لانها تنفيذ القول على الغير.
والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عما يعتقده حراما في دينه والكذب
محظور في الاديان كلها وانما لا تقبل شهادتهم على المسلمين لانقطاع ولايتهم عنا بالنص
ولانهم مقهورون من جهة المسلمين وذا يحملهم على التقول عليهم. والملل في الكفر
وان اختلفت فلم يصر بعضهم مقهورا لبعض ليحملهم ذلك على التقول واما المرتد فلا ولاية
له على احد. ولا تقبل شهادة المستامن على الذمي. لان الذمي اعلى حالا منه لكونه من اهل
دارنا حتى لا يمكن من الرجوع الى دار الحرب بخلاف المستامن. وتقبل شهادة الذمي
عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي. وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض
اذا كانوا من اهل دار واحدة. فان كانوا من اهل دارين كالروم والترك لا تقبل لان
الولاية فيما بينهم تنقطع باختلاف المنعتين ولهذا لا يجري التوارث. بخلاف دار
الاسلام فانها دار احكام فباختلاف المنعة تختلف الدار. وهذا بخلاف اهل الذمة
لانهم صاروا من اهل دارنا فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان كانوا من منعات
مختلفة. فاما المستامنون فما صاروا من اهل دارنا ولهذا يمكنون من الرجوع الى دار
الحرب. فان قيل الذمي مع المستامن مختلفا الدار وقد قبلت شهادة الذمي

على المستأمن. قلنا الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم، وتقبل شهادة المسلم على المستأمن
فكذا شهادته على المستأمن، بخلاف الرومي والتركي لاستوائهما وقد اختلفت الداران
فامتنع القبول. وتقبل شهادة من ألمّ بصغيرة إن اجتنب الكبائر وكانت حسناته أغلب
من سيئاته، هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة. والأصل أن العدالة شرط
للعمل بالشهادة وهي الاستقامة، يقال عدل لي الجادة وذا بالإسلام واعتدال العقل
ولكن يعارضها هوى يضله ويصده عن الاستقامة. وليس لكمال الاستقامة
حد يدرك مداه ويوقف على منتهاه، لأنها بتقدير الله ومشيئته تتفاوت فاعتبر في
ذلك ما لا يؤدي إلى الحرج وتضييع حدود الشرع وهو رجحان جهة الدين والعقل
على الهوى والشهوة. فقيل من ارتكب كبيرة أو أصر على صغيرة سقطت عدالته وصار
متهما بالكذب لظهور رجحان الهوى والشهوة على ما هو المانع وهو عقله ودينه. وأما الإلمام
بالصغيرة فلا يقدح في العدالة المشروطة، لأنا لو شرطنا العصمة عن الكل لتعطلت
الحدود والحقوق، وأي عبد لك لا ألمّا. ثم قيل الكبيرة ما سمي فاحشة في الشرع
كاللواط والزنا أو يشرع عليها عقوبة بنص قاطع في الدنيا بالحد أو الوعيد بالنار
في العقبى كالسرقة وأكل مال اليتيم. وما لم يسم فاحشة في الشرع ولا يشرع عليها عقوبة
في إحدى الدارين كالغمز والقبلة فهو صغيرة. وقيل ما كان حراما لعينه فهو كبيرة
وما كان حراما لغيره فهو صغيرة. والأصح أن ما كان شنيعا بين المسلمين
وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو كبيرة وإلا فهو صغيرة. وتقبل شهادة الأقلف
لظاهر الآي والأخبار. وعن ابن عباس رضي الله عنه لا تقبل شهادته. وإنما تقبل عندنا
إذا تركه بعذر الكبر أو خوف الهلاك، فإن تركه على وجه الإعراض عن السنة
والاستخفاف بالدين فلا تقبل شهادته لأنه لم يبق عدلا. وتقبل شهادة الخصي
وولد الزنا والخنثى لأن هؤلاء جرى عليهم أمور بلا اختيارهم فلا تختل بها العدالة
والتمييز. وقد قبل عمر رضي الله عنه شهادة علقمة الخصي رضي الله عنه. وقال مالك
رحمه الله لا تقبل شهادة ولد الزنا في الزنا وتقبل في سائر الحقوق لتمكن التهمة فإنه يريد
أن يكون غيره مثله. قلنا العدل لا يتهم بمثله والكلام فيه والخنثى رجل أو امرأة
وشهادتهما مقبولة. وتقبل شهادة العمال والمراد عمال السلطان الذين يأخذون
الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند الجمهور لأن نفس العمل ليس بفسق فبعض
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا عمالا. قالوا هذا في عصرهم لأن الغالب
عليهم الصلاح. فأما الذين في زماننا فلا تقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم. والحاصل أنهم
إن كانوا عدولا تقبل شهادتهم وإلا لا. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى
أن العامل إذا كان وجيها في الناس ذا مروءة ولا يجازف في كلامه تقبل شهادته
لأنه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته لا يستأجر على أداء

الشهادة زورا. فأما إذا كان ساقط المنزلة عند الناس أو مجازفا في كلامه لا تقبل
شهادته. وقيل المراد بالعمال الأمراء. وقيل الذين يعملون بأبدانهم ويؤجرون
أنفسهم. وتقبل شهادة المعتق للمعتق لما روي أن الحسن شهد لعلي رضي الله عنهما مع قنبر
مولى علي رضي الله عنهما عند شريح رضي الله عنه بدرع له فقال شريح رضي الله عنه
ائت بشاهد آخر. فقال علي رضي الله عنه مكان الحسن أو مكان قنبر رضي الله عنهم فقال
لا بل مكان الحسن. ولو شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى فلان والوصي يدعي الوصاية
تقبل الشهادة استحسانا وإن أنكر الوصي ذلك لم تقبل والقياس أن لا تقبل وإن ادعى
وعلى هذا إذا شهد غريمان لهما على الميت دين أو عليهما للميت دين أو الوصيان أو الموصى
لهما بأن الميت أوصى إلى فلان. وجه القياس أن الشاهدين يجران إلى أنفسهما مغنما
بشهادتهما فترد. وهذا لأن الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصب من يتصرف لهما
ويقوم بإحياء حقوقهما. والغريمان قصدا نصب من يدفع إليهما حقوقهما. وجه
الاستحسان أن القاضي يملك نصب الوصي إذا كان الوصي طالبا والميت معروفا
فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لو لم يكن فإنما أسقطنا عنه مؤنة التعيين
لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي أنه هل يصلح للوصاية لأمانته وهدايته
أم لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكياه وأخبرا القاضي بأنه أهل لذلك فكفيت
عنه مؤنة التعيين وصار نظير القرعة فإنها ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين
الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي. فإن قيل إذا كان للميت وصيان والقاضي لا يحتاج
إلى نصب وصي آخر عن الميت. قلنا إذا أخبر الوصيان أن معهما ثالثا ملك القاضي نصب
ثالث معهما لعجزهما عن القيام بأمور الميت بإقرارهما، بخلاف ما إذا كان الوصي جاحدا
لأن القاضي ليس له إجبار أحد على قبول الوصية. وبخلاف ما إذا لم يكن الموت ظاهرا
لأنه حينئذ لم يكن له ولاية نصب الوصي إلا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة
فتبطل بمعنى التهمة. وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت
معروفا لأنهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة
ويثبت موت رب الدين بإقرارهما في حقهما. وقيل معنى القبول أمر القاضي إياهما
بأداء ما عليهما إليه لا إبراؤهما عن الدين بعد الأداء لأن استيفاء الدين منهما حق
عليهما فيقبل فيه والبراءة حق لهما فلا تقبل. وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله
بقبض ديونه بالكوفة وادعى الوكيل أو أنكر لا تقبل شهادتهما لأنه ليس للقاضي
ولاية نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبتت هذه الولاية لثبتت بشهادتهما وقد
تمكنت التهمة في شهادتهما لأنهما يشهدان لأبيهما ولأنهما يشهدان لأبيهما ولأنه
يحتمل أنهما تواضعا مع غيرهما للوكالة على أخذ المال. ولا تقبل الشهادة على
الجرح المجرد أي على ما يتضمن بفسق المشهود من غير أن يتضمن إيجاب حق من حقوق

الشرع أو حقا من حقوق العباد نحو أن يشهدوا أن شهود المدعي فسقة أو أكلة الربوا أو شربة خمر أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو على إقرارهم أنهم أجراء في هذه الشهادة أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو على إقرارهم أنهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة. وإنما لم تقبل لأن البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم وليس في وسع القاضي الزامه لأنه يدفعه بالتوبة. ولأن الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لأن فيها إشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهي حرام بالنص والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق. ولا يقال فيه ضرورة وهي كف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة وقد قال عليه السلام انصر أخاك ظالما أو مظلوما لأنه لا ضرورة إلى هتك الشهادة على ملأ من الناس ويمكنه كفه عن الظلم بإخبار القاضي بذلك سرا. أما إذا شهدوا على إقرار المدعي أنهم فسقة أو شهدوا بزور أو نحوه لأنهم ما شهدوا بإظهار الفاحشة عن غيرهم فلا يصيرون فاسقين بعد بحث المشهود به. وكذا الإقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على الإلزام لأنه لا يرتفع بالتوبة. وكذا لو أقام المدعى عليه أن المدعي استأجر الشهود لأداء الشهادة لم تقبل لأنه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وإن كان أمرا زائدا على الجرح ولكنه لا خصم في إثباته إذ لا تعلق له بالأجرة. حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم لأداء الشهادة وأعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه. وكذا لو أقام المدعى عليه البينة على أني صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا علي بهذا الباطل فإذا شهدوا وأطلبهم أن يردوا ذلك المال علي تقبل بينته لأن فيه ضرورة ليصل إلى ماله. حتى لو قال لم أعطهم المال لم تقبل لأن فيه إظهار الفاحشة بلا ضرورة. ولهذا قلت لو أقام المدعى عليه البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو حق من حقوق الشرع بأن أقام البينة أنهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد أو أنهم عبيد أو واحد منهم عبد أو شريك المدعي وللمدعي مال أو قاذف والمقذوف يدعيه أو محدود في القذف أو على إقرار المدعي أنه استأجرهم على هذه الشهادة تقبل لمكان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق. وفيما إذا شهدوا أنهم محدودون في قذف ليس فيه إشاعة الفاحشة لأن الإظهار يحصل بالقضاء وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة من الغير. ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي تقبل شهادته إن كان عدلا. وقوله أوهمت أي أخطأت بذكر زيادة كانت باطلة أو أخطأت بنسيان ما كان يجب علي ذكره. وإنما وجب القبول منه إذا كان عدلا لأنه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القضاء فوضح العذر فيقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل. فإن قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت بعض شهادتي لا يقبل ذلك منه لجواز أنه غره المدعي والمدعى عليه بإطماع حطام الدنيا.

على المدعى م

ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به لأنه صار حقا للمدعي عليه فلا يبطل بقوله أوهمت. وقيل يقضي بما بقي حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت في خمسمائة بل هو خمسمائة يقضي عليه بخمسمائة لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة. ولو شهد بخمسمائة لم يقض بألف كذا هنا. وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. وهذا إذا كان موضع شبهة كما بينا فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام مثل أن يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك. وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا والظاهر هو الأول. وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض الحدود أو في بعض النسب ثم تذكر بعد ذلك يقبل لأنه قد يبتلى به في مجلس القاضي فتداركه في مجلسه دليل تيقظه واحتياطه في أداء الشهادة والله أعلم.

باب الاختلاف في الشهادة

الأصل أن البينة على حقوق العباد لا تقبل بدون الدعوى من مدع لأن حقوق الإنسان تتوقف على مطالبته أو مطالبة من يقوم مقامه. وأن الاتفاق شرط الدعوى والشهادة لوجود الدعوى فيما يوافقها وعدمها فيما يخالفها وبين الشاهدين لأن القضاء إنما يجوز بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة والموافقة المطلقة في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة رحمه الله. والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظهما على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمين. وإن ادعى رجل على آخر مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضي بالأربعة. وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين. وعلى هذا المائة والمائتين والطلقة والطلقتين والطلقة والثلاث. لهما أنهما اتفقا على الأقل وتفرد أحدهما بزيادة فما اتفقا عليه ثبت ولم يثبت ما تفرد به أحدهما كما في الألف والألف وخمسمائة. ولكن الشرط أن يدعي المدعي الأكثر لأنه إذا ادعى الأقل فقد كذب شاهده في الزيادة. بخلاف ما إذا ادعى الأكثر لأنه يدعي ما شهد به صاحب الأقل وزيادة فلا يكون مكذبا. وله أنهما اختلفا لفظا ومعنى فلا تقبل شهادتهما كما لو شهد أحدهما بالدراهم والآخر بالدنانير. وهذا لأن لفظ الألف غير لفظ الألفين وما يراد بالألفين غير ما يراد بالألف في ضمنه. فإذا لم يثبت الألف فلم يثبت واحد من اللفظين لأنه ليس على كل واحد من اللفظين إلا شهادة واحد. فإن قيل الألف موجودة في الألفين قلنا نعم إذا ثبت الألفان ثبت الألف في ضمنه فإذا لم يثبت المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه. ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه قال لامرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برية لا يثبت شيء وإن اتفقا في المعنى. فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة تقبل الشهادة على الألف لأن الشاهدين اتفقا على الألف لفظا ومعنى فيثبت ما اتفقا عليه.

وهذا لأن ذكر الخمسمائة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فكانا كلمتين
والألفان كلمة واحدة ونظيره الطلقة والطلقتين والنصف والمائة والخمسون
بخلاف العشرة وخمسة عشر لأنهما صارتا كلمة واحدة باعتبار التركيب
وليس بينهما حرف العطف فكان نظير الألف والألفين فإن قال المدعي لم يكن
لي إلا الألف فشهادة الذي شهد بالألف وخمسمائة باطلة لأن المدعي كذبه في الزيادة
فلم يبق له إلا شاهد واحد فلم يقض به وكذا إذا سكت إلا عن دعوى الألف لأن
التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولم يوجد حتى لو وفق فقال كان أصل حقي
ألفا وخمسمائة كما شهد به ذلك الشاهد ولكني استوفيت خمسمائة أو أبرأته
عنها ولا يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق ولو شهدا بألف
وقال أحدهما قضى خمسمائة تقبل شهادتهما بألف لأنهما اتفقا عليه ولم يسمع قوله
أنه قضاه لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى
يقضي بخمسمائة لأن مضمون شهادة الشاهد القضا أن لا دين إلا خمسمائة وينبغي للشاهد إذا
علم بذلك أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعي أنه قبض خمسمائة لئلا يكون إعانة على الظلم
ولو شهدا على رجل بقرض ألف فشهد أحدهما أنه قد قضاه وقال المدعي لم يقضها جازت
الشهادة على القرض لاتفاقهما على القرض وقد تفرد أحدهما بالقضا فلم يثبت لأن قول
الواحد شطر الحجة وذكر الطحاوي رحمه الله عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يقضي القاضي
بالقرض وهو قول زفر رحمه الله لأن في زعم أحد الشاهدين أنه لا شيء له عليه من المال
فلو قضى بالمال كان قضاء بشهادة الواحد وإنه لا يجوز ولأن المدعي أكذب شاهد
القضا قلنا الأصل في هذا أن تكذيب المشهود له الشاهد فيما شهد له تكون تفسيقا
لأنه عن اختيار فلم يكن متهما وتكذيب المشهود عليه الشاهد فيما شهد عليه لا يكون
تفسيقا لأنه عن اضطرار فيكون متهما بيانه إذا ادعى على رجل ألف درهم فشهد
أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسمائة فشهادة الذي شهد بألف وخمسمائة
باطلة لأن المشهود له كذب الشاهد فيما شهد له فيكون تفسيقا ولو شهد
لإنسان بمال ثم شهد عليه بمال لإنسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو مشهود
له فيما شهدا عليه يقضى له بما شهدا له لأنه كذبهما فيما شهدا عليه ثم هنا كذبه
فيما شهد عليه وهو القضا فلا يقدح في شهادته له وإذا اختلف الشاهدان في الزمان
أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والرهن والقرض والبراءة والكفالة
والحوالة والقذف تقبل فإذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والأصل
أن المشهود به إن كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في الزمان أو المكان
لا يمنع قبول الشهادة لأن القول مما يعاد ويكرر وإن كان المشهود به فعلا كالغصب
ونحوه أو قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فإنه قول وحضور الشاهدين فعل

وهو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لأن الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف
المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا اختلف شاهدا القذف في زمانه أو مكانه
لا تقبل شهادتهما وإن كان قولا لأن كل واحد منهما إن كان إنشاء فهما غيران وليس على كل
قذف شاهدان وإن كان أحدهما إنشاء والآخر إخبارا فهما لا يتفقان لأن الإنشاء أن يقول
زنيت وأنت زان والإخبار أن يقول قد قذفتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل
أنه سمع أحدهما الإنشاء والآخر الإقرار أو كلاهما الإقرار وثبت عندهما قذفه
فهما شهدا به ولو شهد شاهدان أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتله
يوم النحر بمصر واجتمعوا عند الحاكم ردت الشهادتان لأن إحديهما كاذبة بيقين
وليست إحداهما بأولى من الأخرى فتهاترتا وإن سبقت إحديهما وقضي بها ثم حضرت
الأخرى لم تقبل لأن القضا بالأولى قضاء ببطلان الثاني ضمنا لأنه لما قضى أنه قتل بمكة
فقد قضى بأنه لم يقتل في غيرها إذ قتل شخص واحد لا يكون في موضعين وإذا شهد
شاهدان على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها يقطع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
قيل الخلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة والصفرة لا في لونين لا يتشابهان
كالبياض والسواد والصحيح أن الخلاف في جميع الألوان لهما أنهما اختلفا في المشهود
به فيمتنع به القبول كما لو اختلفا في الذكورة والأنوثة أو اختلفا في اللون في الغصب بل أولى
لأن الثابت بالغصب لا يسقط بالشبهات وله أنهما اختلفا فيما ليس من صلب الشهادة
والتوفيق ممكن فيقبل كما لو اختلف شهود الزنا في مكان الزاني في بيت واحد وهذا
لأن بيان لون البقرة ليس من صلب الشهادة ولهذا لو سكتا عن ذكر اللون تقبل
شهادتهما والتوفيق بين لأن اللونين قد يجتمعان بأن يكون أحد شقيها سوداء والآخر
بيضاء ويقع بصر أحد الشاهدين على أحد شقيها ويقع بصر الشاهد الآخر على الشق الآخر وتحمل
الشهادة على السرقة تقع في الليالي من بعيد غالبا فلا يمكنهم الوقوف على قيام اللونين بها
بخلاف الغصب لأن الغصب يقع في النهار جهارا فيتمكن الشاهد من أن يقرب من الغاصب
فيتأمل جميع ألوان المغصوب فلا يشتغل بالتوفيق وبخلاف الذكورة والأنوثة
لأن الحيوان لا يشتمل عليهما ولأنه لا يمكن معرفة ذلك إلا بالقرب منه وعند القرب
لا يقع الاشتباه فلا يشتغل بالتوفيق فإن قيل الاشتغال بالتوفيق بين كلام الشاهدين
احتيال لإيجاب الحد والحد يحتال لدرئه قلنا الشهادة من حجج الشرع والأصل في حجج الشرع
قبولها لا ردها فيشتغل بالتوفيق صيانة للحجة عن التعطيل لا لإيجاب الحد ثم إذا وفقنا
وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدا به رجل شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان
بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسمائة لا تقبل الشهادة لأنهما لا يتفقا على عقد واحد
والشراء بألف غير الشراء بألف وخمسمائة والمقصود إثبات السبب وهو العقد وإذا اختلف
المشهود به تعدد الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد على ما يدعيه المدعي وكذا إذا كان

المدعي هو البائع ولا فرق بين أن يدعي المدعي أقل المالين أو أكثرهما، وكذا الكتابة لأن المقصود
هو العقد أما إذا كان المدعي هو العبد فظاهر، وكذا إذا كان هو المولى لأن العتق
لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب، وهذا لأن البدل في إثبات العقد
مقابل بفك الحجر ثم ينتقل إلى الأداء عند العتق فقبله صار بمنزلة الإجارة فكان المقصود
إثبات العقد، وكذا الخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم العمد إذا كان المدعي
هو المرأة والعبد أو القاتل لأن هؤلاء لا يقصدون إثبات المال فكان المقصود إثبات
العقد وهو يختلف، وإن كان الدعوى من الجانب الآخر فهو كدعوى الدين لثبوت
الطلاق والعتق والعفو بإقرار الزوج والمولى والولي فيبقى الدعوى في الدين، فإن ادعى
ألفا وخمسمائة وشهد شاهد بألف وشاهد بألف وخمسمائة وجب القضاء بالألف إجماعا
وإن ادعى ألفين وشهد شاهد بألف وشهد شاهد آخر بألفين لم يحكم بشيء عند أبي
حنيفة رحمه الله وعندهما يحكم بالألف كما مر، وفي الرهن إن كان المدعي هو الراهن
لا تقبل لأنه لا حظ له في الرهن فخلت الشهادة عن الدعوى وإن كان المرتهن فهو كدعوى
الدين، وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع للحاجة إلى إثبات العقد وإن
كان بعد مضي المدة والمدعي هو المؤجر فهو كدعوى الدين إذ لا حاجة هنا إلى إثبات العقد
فأما النكاح فيصح بأقل المالين عند أبي حنيفة رحمه الله، سواء كان الدعوى من الزوج
أو من المرأة والمدعي يدعي الأقل أو الأكثر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى
لا يقضى بالنكاح أيضا، لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح
بألف وخمسمائة فبطلت الشهادة كما في البيع، وله أن المهر في النكاح تابع ومن
حكم التبع أن لا يغير الأصل، ألا ترى أنه لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده، فكذا
لا يختل باختلافه إذا اتفقا على ما هو الأصل وهو الملك والحل فوجب القضاء بالأصل به،
وإذا وجب القضاء به بقي القضاء بالمهر كالمنفرد فأوجب القضاء بأقل المالين كما في المال
المنفرد، وقيل الاختلاف فيما إذا كانت المرأة هي المدعية، فإن كان المدعي هو الزوج
فلا يقصد إلا العقد، والأصح أن الخلاف في الفصلين لما مر، ولو ادعى الغريم الإيفاء فشهد
أحد الشاهدين على إقرار الطالب بالاستيفاء والآخر أنه أبرأه أو حلله أو أحله أو وهب أو
تصدق لم تقبل لاختلافهما لفظا ومعنى إذ الإقرار غير الإنشاء، إلا إذا قال شاهد
البراءة إنه أقر أنه بريء إليه لأنه للإيفاء، ولو ادعى الإبراء فشهد أحدهما أنه أبرأه والآخر
أنه وهب له أو تصدق به عليه تقبل لأنهما يستعملان في البراءة، ولو ادعى الهبة فشهد
أحدهما بالهبة والآخر بالإبراء تقبل، ولو شهد الآخر بالصدقة لا تقبل لأن الصدقة إخراج
المال إلى الله والهبة إلى العبد، ولو ادعى الإيفاء فشهدا بالإبراء والتحليل تقبل لأن الإيفاء إثبات
القبض والبراءة فقد شهدا ببعض ما ادعى ولا يبرأ الأصيل لو كان كفيلا، لأن براءة الكفيل
لا توجب براءة الأصيل، ولو شهدا بالهبة أو الصدقة لا تقبل لأنه ليس في الإيفاء هبة وصدقة.

ولو ادعى

ولو ادعى أنه أبرأه أو حلله فشهدا على إقرار الطالب بالاستيفاء بسؤال الغريم عنه فإن فسر
بالاستيفاء تقبل لأنه وفق، وإن فسر بغيره لا تقبل لأنهما شهدا بأكثر، والله أعلم.

فصل في الشهادة على الإرث

الأصل أن ملك المورث متى ثبت لم يقض لوارثه
بلا جر، بأن يقول الشهود أنه كان لأبيه مات وتركه ميراثا له، إلا أن يشهدا بملك
المورث أو يده أو يد المودع أو المستعير وقت الموت، بيانه إذا مات رجل فأقام وارثه
بينة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أجرها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها
ولا يكلف البينة على أنه مات وتركها ميراثا له، وهذا على أصل أبي يوسف رحمه الله تعالى
ظاهر، لأنه لا يشترط الجر والانتقال لقبول البينة، لأنه لما ثبت بهذه الشهادة كون
الدار ملكا للمورث يوم الموت يثبت الملك للوارث ضرورة لأنه يخلفه في أملاكه فصارت
الشهادة بأنها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحي بأنها كانت له، وكذا على قولهما
لأنهما وإن كانا يشترطان الجر لأن كون الدار ملكا لذي اليد ثبت باستصحاب الحال
لأنهم شهدوا أنها كانت لأبيه، والثابت باستصحاب الحال يصلح لإبقاء ما كان على ما كان
لا لإثبات ما لم يكن، ولا يقال أن الوارث يقوم مقام المورث فيما كان للمورث لكون
الوراثة خلافة، حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا فيما كان المورث مغرورا
فيه، لأن الملك يثبت للوارث بوصف التجدد حتى يثبت في حقه ما لم يثبت في حق مورثه
من وجوب الاستبراء وتحل له إذا كان غنيا ما كان صدقة لمورثه، فلا بد من الجر
إلا أنه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت عندهما لثبوت الانتقال ضرورة
وكذا على قيام يده وقد وجدت الشهادة على اليد هنا، لأن يد المودع والمستأجر والمستعير
كيد المودع والمؤجر والمعير، فصار كأنه أقام البينة أن أباه مات والدار في يده، ولو كان
كذلك لكانت البينة مقبولة، لأنهم لما شهدوا باليد له وقت الموت فقد شهدوا
بالملك له وقت الموت لأن الأيدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت، لأنها لا تخلو من أن
تكون يد ملك أو غصب أو أمانة، فإن كانت يد ملك فظاهر، وكذا إن كانت يد غصب
لأنها تصير يد ملك، لأن بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له، وإن كانت
يد أمانة فتصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك أيضا فصارت الشهادة بيد مطلقة
عند الموت شهادة بالملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت ينتقل إلى الوارث ضرورة،
ولو شهدوا لرجل حي أنها كانت في يده منذ شهر أو سنة ترد، وعن أبي يوسف رحمه الله
أنها تقبل لأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم، ولو أقر المدعى عليه بذلك دفعت
إلى المدعي، وكذا لو شهدا على إقرار المدعى عليه أنها كانت في يده أو شهدا أنها كانت
ملكه تقبل، وكذا لو شهدا أن المدعى عليه أخذ من المدعي، ولهما أن هذه الشهادة قامت
على شيء مجهول وهو اليد فبطلت، وهذا لأن اليد الحال منقطعة وتحتمل أنها كانت يد ملك
أو يد وديعة أو إجارة أو غصب فلا يحكم بإعادتها مع قيام الشك والجهالة، وهذا لأنه

إن وجبت إعادتها من وجه فلا تجب إعادتها من وجوه فلا تجب الإعادة بالشك. وأما الملك
فمعلوم غير مختلف ولا مجهول لأحد معلوم وموجبه معلوم وهو وجوب الرد كيف
ما كان لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده. بخلاف الإقرار لأن جهالة المقر
به لا تمنع صحة الإقرار. وكذا لو شهدا على إقراره أنها كانت في يد المدعي لأن المشهود
به الإقرار وهو معلوم على أن يد ذي اليد ثابتة عيانا ويد المدعي ثابتة بالشهادة وليس الخبر
كالمعاينة **فصل** الأصل أن الشاهد إذا أبطل حقا أوجبه لغيره لا يتمكن من إبطاله
إلا بالشهادة أو حول ضمانا عليه إلى غيره لا تقبل للتهمة أو للتناقض. مودعان شهدا بالوديعة
لغير المودع قبل الرد أو بعده أو مرتهنان قبل الهلاك تقبل لأنهما لا يجران إلى أنفسهما مغنما
ولا يدفعان عن أنفسهما مغرما. بخلاف المستقرضين قبل الرد أو بعده لتحويل الضمان
أو لنقض المبادلة والراهنين لسعيهما في نقض ما أوجباه والغاصبين قبل الرد وإن هلك
لتحويل الضمان والمشتري بيني شراء فاسدا بعد القبض لأنه كالغصب والمشتري شراء صحيحا
إن أقال أو رد بعيب بلا قضاء لثبوت البيع الجديد في حق الثالث وفي حقهما فيما ليس من
موجب العقد فهو يبتدئ إبطال ذلك العقد فلا تقبل كما لو باع ثم شهد. ولو رد بعيب
بقضاء أو بخيار رؤية أو شرط أو عيب قبل القبض تقبل لأنه فسخ من كل وجه. وكذا لو حبسه
للثمن بعد الفسخ تقبل لأنه رهن في يده مضمون بالثمن فصار كالمرتهن. ولو تقايضا
عبدا بأمة وتقابضا ثم وجد مشتري الأمة بها عيبا فردها القاضي عليه وحبسها المشتري
حتى يسترد العبد ثم شهد مع آخر لإنسان بالأمة لا تقبل لأن الأمة مضمونة بقيمتها
لا بغيرها فصار كالبيع الفاسد والغصب. ولو كان العبد مات قبل نقض البيع نقض
القاضي البيع بقيمة العبد لأن أحد العوضين قائم فصح الفسخ. فإن حبسها بقيمة العبد
ثم شهد مع آخر لإنسان تقبل لأن الأمة مضمونة بغيرها وهو قيمة العبد فصارت كالمرهونة.
رجل مات وله على رجلين ألف درهم فشهد الرجلان أنه ابنه لا وارث له غيره. وشهد آخران
أن له دينا عليهما وآخر أنه أخو الميت ووارثه لا نعلم له وارثا غيره قضي بشهادة الغريمين
للابن لأنه لا تهمة في شهادتهما. فلو شهدا للأخ أولا وقضي به ثم شهدا للابن بعد
قضاء الدين أو قبله لا تقبل لنقض المبادلة أو للتحويل. وكذا لو كان مكان الدين عبد غصب
لم تقبل شهادتهما قبل الرد لأن الضمان وجب عليهما للأخ فهما يحولان الضمان فلا تقبل
وبعد الرد تقبل لأن البراءة ثبتت فصار كالغاصب إذا رد. فلو كان العبد وديعة
في أيديهما تقبل قبل الرد وبعده لأنه غير مضمون على المودع. شهدا أن فلانا مات وهذا
أخوه لا نعلم له وارثا غيره فقضي به ثم شهد الآخران أنه ابنه لا نعلم له وارثا غيره لا تقبل
للتناقض إذ الأخ لا يكون وارثا مع الابن وضمنا للابن ما قبض الأخ لإقرارهما بالإتلاف
عليه بشهادتهما. ولو لم يشهدا بالابن ولكن شهدا بأخ آخر يقبل لعدم التناقض
لأنه يرث مع الأول وقولهما لا نعلم أي في الحال ولا ضمان لعدم الرجوع. رجل مات
عن عم

رجل مات عن عم وأمتين وعبدين فأعتق العم العبدين فشهدا ببنتية إحداهما بعينها
للميت أي أنه أقر بها في حياته وصحته لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن في قبولها ابتداء
بطلانها انتهاء. لأن معتق البعض في حكم المكاتب عنده ولا شهادة له. وعندهما تقبل
لأنه حر مديون. ولو شهدا أن الثانية أخت الميت قبل القضاء للأولى أو بعده أو معا لا تقبل
بالإجماع. لأنا لو قبلنا لصارت عصبة مع البنت فيخرج العم عن الوراثة فيبطل العتق
ولو مات عن أخ لأب وأم وترك دينا على رجل فأبرأه الأخ عنه أو وهب ما عليه له
أو عينا من تركته ثم شهد المديون مع آخر لآخر أنه ابن الميت يقبل لأنه لا نفع له فيه
بل فيه ضرر لعود الدين ورد الهبة. بخلاف الهبة بعوض لأنه متهم للرجوع في العوض.
ولو مات عن ثلاثة بنين ودار وغاب اثنان منهم فادعاها رجل على الحاضر فقال الحاضر
هذه دار أبينا مات وتركها ميراثا وأخذ كل واحد منا حقه ثم أودعا في نصيبهما
وغابا فصدقه المدعي فيما عدا الملك لأبيهم وأقام البينة على ما ادعى قضي عليه بكلها
لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الكل فكان القضاء على أحد الورثة قضاء على الكل
فإن حضر الغائبان وأنكرا الإرث وادعيا الملك بجهة أخرى يعيد المدعي البينة
لأنهما ينكران انتصاب الحاضر خصما عنهما وإن أقرا بالإرث فالقضاء ماض عليهما
لما مر. وإن كان نصيبهما في يد أجنبي قضي بنصيب الحاضر فقط. لأن أحد الورثة
إنما ينتصب خصما عن الكل إذا كانت في يده أو دعوى العين لا يتوجه إلا على ذي اليد
لأن الوارث قائم مقام المورث والمورث لو كان حيا لا ينتصب خصما للمدعي إلا فيما
في يده فكذا الوارث. مات ذمي عن مائة درهم فأقام مسلم ذميين بدين مائة عليه
وأقام مسلم وذمي ذميين بمائة فثلثا المائة للمنفرد وثلثها للشريكين لأن بينة المسلم
المنفرد حجة في حق شريك المسلم وحجة على كل واحد من المسلمين لا يعتبر في حق
صاحبه فوقع التعارض بين المسلمين أحدهما يدعي مائة والآخر يدعي خمسين
فتقسم أثلاثا ثم ما أصاب المسلم يكون بينه وبين شريكه نصفين لأنه أقر
أنه يساويه في الاستحقاق. ولو أقام ذمي ذميين وأقام مسلم وذمي ذميين فالمائة
المتروكة بينهم لكل واحد ثلثها. لأن الذمي المنفرد أقام ما ليس بحجة على المسلم الشريك
فيجعل في حق المسلم كأنه انفرد بإقامة البينة إلا أنه لا يدعي لنفسه إلا خمسين
فيقضى له بخمسين وبقي خمسون فقد تنازع فيه الذمي المنفرد والذمي الشريك
وقد أقام كل واحد منهما ما هو حجة على صاحبه فيقسم بينهما على قدر حقهما وحق الذمي
المنفرد مائة وحق الذمي الشريك خمسون فيقسم الخمسون بينهما أثلاثا ثلثاه للذمي المنفرد
وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث. وثلثه للذمي الشريك وذلك ستة عشر وثلثان. ثم ما أصاب
الذمي الشريك يضم إلى ما أصاب شريكه المسلم فيصير ستة وستين وثلثين فيقسم بينهما
نصفان لتصادقهما على الشركة فيصيب كل واحد ثلاثة وثلاثون وثلث. وكذا

لو أقام الشريكان مسلمين وأقام الذمي المنفرد ذميين قسم أثلاثا. لأن بينة الشريكين
حجة في حق المنفرد. وبينة المنفرد ليست بحجة في حق المسلم. ولو أقام الذمي المنفرد
مسلمين والشريكان ذميين أو مسلمين فنصف المائة للمنفرد والنصف لهما. لأن
بينة كل واحد حجة في حق الآخر والمنفرد يدعي الكل وهما يدعيانه أيضا.
ولو مات ذمي عن ابنين وترك مائتي درهم فأسلم أحدهما وأقام مسلم شاهدين ذميين
بمائة أخذ الكل من نصيب الذمي لأن بينته حجة في حقه دون المسلم. شهدا
بطلاق أمهما على أبيهما أو بعتقها على سيدها بألف فإن ادعت ردت الشهادة وإن جحدت
قبلت لأنهما شهدا للأم بمنفعة وهي زوال الملك عنها بشيء هما مضرة وهي سقوط النفقة
ولزوم الألف. وكل منفعة يشوبها مضرة فإنما يترجح أحدهما بالدعوى. لأن
الإنسان لا يجحد ما ينفعه ولا يدعي ما يضره. ولو شهدا أن زيدا دخل زوجة أبيهما
إذ بانها حرمت عليه حرمة غليظة ثم تزوجها قبل التزوج بآخر أو شهدا أنه خلع امرأته
على صداقها أو أعتق أمته بكذا فإن ادعى الأب ردت لأنهما شهدا للأب بوجوب
الثمن على المشتري وعتق لأنه ملكه ظاهرا وقد أقر بعتقه فنفذ إقراره عليه. وإن
جحد قبلت لأنهما شهدا على الأب بزوال العبد عن ملكه وثبت الشراء والعتق
لأنه خصم في إثبات الشراء ليتعلق حقه به وهو العتق. قال أب إن وجدت أو كلمتني
من علق عتقه به وشهد ابناه أو سيداها بطلاق زوجها ردت. هذه ثلاث مسائل
إحداها أن رجلا لو زوج بنته رجلا بشهادة ابنيه فشهدا عند جحود الزوج النكاح
ودعوى الأب زوجيتها إن كانت صغيرة لم تقبل إجماعا لأنهما شهدا لأبيهما. وإن
كانت كبيرة فعند أبي يوسف رحمه الله لا تقبل لأن للأب منفعة بثبوت صدقه
عند الناس فتمكنت فيه التهمة. وعند محمد رحمه الله تقبل لأنها شهادة لأختهما
في الحقيقة فكانت دعواه كلا دعوى. والثانية أن رجلا لو قال لعبده إن كلمت
فلانا فأنت حر وصدقه فلان وجحد المولى فشهد ابنا فلان بذلك لم تقبل عند فقال كلمته
أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لما بينا. والثالثة أن يشهد موليا الأمة
أن زوجها طلقها وهي جاحدة لا تقبل هذه الشهادة عند محمد رحمه الله لأن فيها
تخليصها عن حبالة الزوج فكانت شهادة لها. وعند أبي يوسف رحمه الله تقبل لأنها
شهادة عليها لا لها. أمة في يد رجل فقال للذي اليد بعتها من زيد بألف وقبضها
ثم باعها مني بمائة دينار وقبضها وجحد البائع والمشتري الأول وشهد ابنا ذي اليد
بالبيعين قضي بالبيعين والثمنين لأنهما شهدا على أبيهما فتقبل. وإن ادعى الأب
لا تقبل وتسلم الأمة للمدعي بإقرار ذي اليد بالبيعين ولا شيء له على المشتري أما المشتري
الأول فلأن البيع لم يثبت منه لعدم قبول الشهادة. وأما على المشتري الثاني فلأنه
لا يدعي عليه شيئا. وكذا إن كان الثمنان من جنس واحد وادعى القبض. وإن لم
يدع

يدع ولم يشهد له حبسها لاستيفاء الألف إن كان المدعي يدعي أنه اشتراها من مشتري ذي
اليد بألف درهم استحسانا. لأنه ما أقر له بها إلا على وجه تكون محبوسة بالثمن. والمدعي
لما أقر أنه لم يقبض من المشتري الأول فقد أقر أنها محبوسة عنده بالثمن وليس له قبضها
إلا بعد نقد ما أقر به. فمتى نقد ذلك في مجلس القضاء مقرا أنه حق الأول فقد ظفر البائع
بجنس حقه من مال مديونه فيأخذ قدر حقه منه ولأنه بائع له باعتبار أنها سلمت له بإقراره
غير بائع منه حقيقة فأثبتنا له حق الحبس عند اتحاد الجنس لا عند الاختلاف عملا بهما.
برهن أن فلانا وكلني بحقوقه أو أوصى إلي رد لأنه يدعي على الموكل عقدا وهو غائب
وليس عليه خصم حاضر فلا تقبل بينته لأنها لا تقبل إلا على خصم حاضر. فإن أحضر رجلا
وادعى أن لموكله قبله حقا وهو ينكر وكالته فأقام البينة على الوكالة يقبل. لأن
الحاضر خصم عن الغائب. قالوا ودلت المسألة على جواز إقامة البينة على المسخر. فإن محمدا رحمه الله
قال فإن أحضر رجلا وادعى لموكله حقا ولم يقل أحضر رجلا للموكل عليه حق. والصحيح
أن القاضي إذا علم أنه مسخر لا يجوز إقامة البينة عليه. فإن برهن على غريم للموكل وهو ينكر صابة
وكالته تقبل عليه لأنه على خصم. وكذا على جميع غرمائه لأنه أقام البينة على وكالة وو
عامة. ولو ادعى أنه وكله بكل حق له قبل رجل فهو خصمه فقط. ولو وكل رجلا عند القاضي
وغاب فإن عرف القاضي الموكل باسمه ونسبه قضى بالوكالة حتى إذا أحضر الوكيل رجلا
وادعى عليه حقا وهو ينكر وكالة الوكيل جعل القاضي الوكيل خصمه بلا بينة. لأن
علم القاضي بالمعاينة فوق علمه بالخبر. وإن كان القاضي لا يعرف الموكل لا يسمع من الوكيل
البينة أنه فلان ابن فلان لأنه لا خصم هنا إلا أن يحضر الوكيل رجلا وادعى عليه حقا وبرهن
أن الذي وكله فلان ابن فلان. ولو ادعى مسلم أنه وكيل فلان ابن فلان الذمي بكل حق له
وأحضر مسلما وأقام شاهدين ذميين لا يقبل لأنه شهادة المسلم على الكافر. ولو ادعى أنه
وصي ذمي وشهد ذميان على مسلم يقبل لأن المسلمين لا يحضرون موتهم ووصاياهم ولو لم تقبل
لضاعت حقوقهم بخلاف الوكالة لأنها من المعاملات في حال الصحة وهم يحضرون
محافل المسلمين في المعاملات. وكذا لو كان المحضر ذميا تقبل وتثبت وكالته في حق
المسلمين معا. نسب ولد الملاعن ثابت في رد شهادته له ولأصوله وحرمه ووضع الزكوة
ولا إرث ولا نفقة من الطرفين كولد الزنا وولد أم ولد إن نفاه المولى. والأصل أن الشبهة
تثبت بطريقين بحقيقة لا حكم لها كولد الزنا المخلوق من مائه وبسبب لا حكم له كولد
اللعان فإن السبب موجود لأنه ولد على فراشه فاعتبرنا الشبهة في رد الشهادة. لأنها ترد
بالتهمة بالحديث وحرمة المناكحة ووضع الزكوة لأن الحرمات والعبادات مما يحتاط فيها
دون الإرث والنفقة لأن المال إذا احتمل من وجه دون وجه يؤخذ بالحرمة احتياطا. باع
أحد التوأمين وحرره مشتريه فشهد لبائعه تقبل لأن شهادة معتق الإنسان لمعتقه
فشهادة معتق غيره أولى. فلو ادعى نسب الولد الذي عنده ثبت نسبهما وبطل البيع والعتق

والقصاص وفي ثبوت النسب لان شهادة الابن لا تكون حجة للاب. ابنا ملاعنة
من بطن كاخوين لام ارثا. حتى لو تزوجت امهما باخر وجاءت بابن فمات احد ابني الملاعنة
فللام السدس وللاخوين الثلث والباقي يرد عليهم. لان النسب انقطع من الاب فكانا اخوين
لام. وكذا ابنا الزانية. شهدا بانه وارث هذا الميت لم يقبل ما لم يثبتا جهة
الوراثة. والاصل ان الشهادة بالمجهول لا تقبل لان القاضي لا يتمكن من القضا والشهادة
بالارث مجهولة. لان في اسباب الارث كثرة وتختلف احكامها ولا يعلم انه حاجب
او محجوب. وكذا لو شهدا انه ابن ابنه او اخوه او جده او مولاه ترد بلا بيان. وكذا
بان يقول في الاول بانه وارثه. وفي الاخ اخوه لابيه وامه او لابيه او لامه ووارثه لان هؤلاء
يحجبون بحال وبعضهم صاحب فرض وبعضهم عصبة. وفي الجد ابو ابيه او ابو امه لا
وفي الجدة ام امه او ام ابيه. وفي المولى وفي المولى معتقه. او معتقه ووارثه لا نعلم له وارثا
غيره. وفي الشهادة بالدين وملك العين تقبل بلا بيان السبب لان الملك لا يختلف باختلاف
اسبابه. وكذا في الشهادة بانه ابنه او بنته او امه او ابوه لا يحتاج الى قوله ووارثه
لان هؤلاء لا يسقطون بحال. ولو شهدا بانه جد الميت ابو ابيه ووارثه وقضى بنسبه
وبالميراث ثم برهن اخر انه اب الميت يجعل الميراث للثاني. ولو شهدا عند القاضي ان
قاضي بلد كذا قضى بانه وارث الميت ولا وارث له غيره قضى بذلك ثم يبين او لا. لان الظاهر
ان القاضي الاول قضى بوراثته بسبب معلوم وصح قضاؤه. فلو بين وبرهن اخر بنسب
يحجبه او يشاركه قبل ووجب او شاركه. حتى لو بين الاول انه ابن الميت وبرهن الاخر
انه ابنه فالارث بينهما. ولو برهن الثاني انه اب الميت جعل للثاني السدس لظهور الخطا
بهذا القدر والباقي للاول. ولو ذكر الاول بانه جد الميت وبرهن الثاني بانه اب الميت
فالارث للثاني. ولو ذكر الاول انه اب الميت وبرهن الثاني انه ابن الميت جعل للثاني
خمسة اسداس الارث وللاول السدس. ولو برهن الثاني انه اب الميت ايضا فالارث للثاني
لان نسبه ثبت بالبينة ونسب الاول لا فكان اولى. وهذا لان التعدد في الاب محال
الا ان عند استواء الحجة جعل الميراث بينهما ولا مساواة هنا. والجواب في المعتق كالجواب
في الاب لان الشخص الواحد كما لا يتصور ان يكون ابنا لرجلين لا يتصور ان يكون معتق
رجلين على الكمال. ورد بينة الاول على ابوته بعد القضا للثاني الا اذا برهن الاول على
ان القاضي قضى بانه اب الميت فكان اولى وبطل نسب الثاني لظهور خطاء القاضي بالقضا
للثاني. ولو برهن الاول على ابوته قبل القضا للثاني اشتركا في الارث لاجتماع الحجتين
والاب احدهما في الحقيقة. حتى لو مات احدهما تعين الاخر ابا والحكم في الولا على هذه
الوجوه. وان كان الاول معتوقا او صغيرا لا يقدر على البيان جعله القاضي ابنا لو
ذكرا فان جا الثاني وبرهن انه اب الميت جعل للثاني سدس المال وان برهن انه اخ الميت
يجعله محجوبا بالاول. وان كان الاول امراة جعله بنتا للميت وجعل لها جميع المال

بالغرض

بالغرض والرد فان جاء اخر وادعى انه اخ الميت يعطيه النصف. وان ذكر الثاني انه ابنه
يعطيه الثلثين. الاصل ان من صار خصما في حادثة ردت شهادته في تلك الحادثة
لقوله عليه السلام لا شهادة للخصم. والوصي يصير خصما بقبول الوصاية بعد موت
الموصي قبل الخصومة لان الوصاية كالوراثة فقام مقام الميت بمجرد القبول. حتى لو رد
الا ايضا بعد موت الموصي لا يصير خصما لقبول الوصاية. وقبلت شهادة الوكيل بالخصومة
ولا يصير خصما ما لم يخاصم. لان الوكيل استنابة فما لم يخاصم لا يصير خصما وعند
ابي يوسف رحمه الله يصير خصما بنفس التوكيل. حتى لو وكله بالخصومة في دار ثم عزله
قبل ان يخاصم ثم شهد في تلك الحادثة لا تقبل عنده وعندهما تقبل. وصي عزل فشهد
للميت بمال لا يقبل لما مر انه صار خصما بقبول الوصاية. ولو وكله بكل حق هو له قبل فلان
بحضرة القاضي فخاصمه بالف فعزل فان شهد بذلك الالف ردت لانه صار خصما
وان شهد بالف اخر لابن دل لانه لم يخاصم في مال اخر. وان لم يعلم القاضي بوكالته وانكر
فلان وكالته واثبتها بالبينة ثم عزل وشهد ردت شهادته للموكل في كل حق قايم وقت
التوكيل لانه اذا احتاج الوكالة لكل حق قبل فلان ولا يكون ذلك الا بالخصومة فهل
تحققت الخصومة في كل الحقوق. الا اذا شهد بحق حادث بعد تاريخ الوكالة فحينئذ
تقبل لان تلك الوكالة لم تتناول الحق الحادث. فان كانت الوكالة عامة بان برهن انه
وكيله بالخصومة بكل حق له في هذا البلد فخاصم واحدا من اهل البلد واثبت الوكالة عليه
فهو خصم له ولغيره في كل حق قايم او حادث بعد الوكالة قبل العزل لان اللفظ عام
فيتناول الكل اشخاصا للعرف. الا اذا كان حقا عرف حدوثه بعد العزل فتقبل شهادته دته
لانه لم يصر خصما فيه. ولهذا لا يتعدى على الخصومة فيه. ولو اثبت بالبينة ان فلانا وكله
وفلانا الغايب بالخصومة في كل حق له في هذا البلد تقبل وصارا خصمين وكذا الوصية
لان الوكالة واحدة. ولو برهن ان فلانا ان فلانا وكله بالخصومة في كل حق هو له قبل
زيد وبكر وخالد فخاصم زيدا او برهن على وكالته صار خصما للكل حتى لو عزل وشهد
للموكل على كل واحد منهم لا تقبل. وان برهن على وكالته ولم يترك فجا بينة الحق تقبل والقياس
ان لا تقبل لان البينة على المال انما تقبل على الخصم وقبل القضا بالوكالة له لم يثبت كونه
خصما. ووجه القبول ان على اعتبار التزكية تثبت وكالته من وقت اقامة البينة فتبين
ان اقامة البينة على الخصم كان من الخصم فان زكيت البينتان قضي بالوكالة والحق
جميعا ويقدم القضا بالوكالة لان القضا بالمال يترتب على كونه وكيلا. فان زكيت
بينة الوكالة فقط قضى بالوكالة لا بالحق. وان زكيت بينة الحق فقط لم يقض بشي
لانه اذا لم تثبت وكالته لم تسمع البينة على الحق لانه لم يصر خصما بعد. والبينة
على الحق لا تقبل الا من الخصم. احضر غريما او وارثا وبرهن ان الميت اوصى اليه وغاب
المحضر قبل التزكية فاحضر غريما او وارثا اخر قضى عليه بالوصاية ولا يحتاج الى اعادة البينة.

لان الذي احضر صار خصما عن باقي الورثة والغرماء وصار كما لو اقام البينة على الغرماء
الوكيل فغاب الوكيل وحضر الموكل بدون اعادة البينة • الاصل ان الشهادة اذا
تضمنت جر غنم او دفع غرم او نقض قضاء امضي عليه لم تقبل للتهمة • قدم العتق المنجز على كل
وصية لانه اقوى لانه لا يقبل الفسخ وساير الوصايا تقبله • رجل مات وترك ثلثة اعبد
قيمتهم سواء فشهد شاهدان انه اوصى بهذا العبد لهذا الرجل وقضي بالعبد له وشهد
الوارثان بعين لرجل اخر ردت لانه تضمن نقض قضاء امضي عليهما • وان شهدا الثاني
قبل القضا يقبل لانه لا يتضمن نقض القضا • والعبد للثاني ان ذكر الرجوع عن الوصية
الاولى • ولا شي للاول لان الرجوع عن الاولى ثبت بشهادتهما فتبطل وصيته كما لو ثبت
ذلك عيانا • وان لم يذكر الرجوع فلكل نصف عنده • لان كل واحد منهما اثبت وصيته
بالبينة والوصايا اذا اجتمعت لا تنفذ الا في الثلث فيجعل الثلث بينهما كما لو ثبت
وصيتهما عيانا اذا شهدا للثاني بعبد اخر • فان شهدا بعين العبد الاول للثاني بعد القضا
وذكر الرجوع ردت شهادتهما على الرجوع لان فيه نقض القضا وتقبل شهادتهما بالوصية
للثاني لانه لا يتضمن نقض القضا • وان لم يذكر الرجوع لا يرد لانه لم يتضمن نقض القضا
فالعبد بينهما نصفين هذا اذا شهدا بالوصية للثاني • فان شهدا بالعتق بعد القضا بالوصية
للاول بالعبد او بالثلث ردت • شهدا باعتاق عبد اخر وبذلك سواء ذكرا الرجوع او لم
يذكر لتضمنه نقض القضا لكون العتق مقدما على الوصية • ولو شهد شاهدان بالوصية
بالثلث للاول ثم شهد الوارثان بالوصية بالثلث لاخر بعد القضا للاول فلم يذكر الرجوع
تقبل لانه ليس فيه نقض القضا لانه يثبت وصية لكل واحد بكل الثلث ولهذا يتضاربان
بكل الثلث • وان ذكر الرجوع يقبل على الوصية دون الرجوع لان في الرجوع نقض القضا
وقسمة القاضي وتسليمه كقضائه • حتى لو لم يذكر الرجوع ولكن شهدا بعد قسمة
القاضي المال بين الموصى له وبين الورثة ترد لان فيه نقض قسمة القاضي وقسمته قضاؤه •
ولو شهد شاهدان ان الميت اوصى الى هذا الرجل وقضي به ثم شهد الغريمان او الوارثان او الموصى
لهما بالايصاء الى رجل اخر وهو يدعي ذلك لا يقبل • لان الاول كان ينفرد بالتصرف
فلو قبلت الشهادة لا ينفرد الاول فكان فيه نقض القضا • وكذا ان اقر الوارث ان الميت
اوصى بثلث ماله او بهذا العبد لفلان وقضي به ثم انه شهد مع رجل اخر انه اوصى بثلث
ماله او بذلك العبد او بعبد اخر لاخر لا تقبل لانها لو قبلت يبطل القضا الاول لانه ثابت
بالاقرار والثاني ثابت بالبينة فكان فوقه • كذا ان اقر الوارث بدين رجل على الميت
وقضي به ثم شهد مع رجل اخر بالدين على الميت لرجل ولم تف التركة بهما لا تقبل لانها
لو قبلت لبطل القضا الاول لما مر • حتى لو كان القضا الاول بشهادة شاهدين تقبل
الشهادة بالدين الثاني لان بقبوله لا يبطل القضا بالدين الاول ولهذا لا يتحاصان • وان
كانت الشهادة للثاني قبل القضا للاول يقبل في الوجوه كلها • الا اذا اقر الوارث بالثلث

او بالعبد او بالدين للاول وسلم الى الاول ما اقر ثم شهد للثاني لا تقبل لان فيه نقض تسليم نفسه
وكذا لا تقبل شهادته للثاني اذا وجد التسليم الى الاول من القاضي لان فيه تسليم القاضي
وتسليمه قضاؤه • والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة
في كل حق لا يسقط بالشبهة استحسانا • والقياس ان لا تجوز فتمكن زيادة الشبهة فيها
اذ الاخبار اذا تناسختها الالسنة تتمكن فيها زيادة ونقصان • وجه الاستحسان ان الناس
يحتاجون اليها فان الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لموته او مرضه او لغيبته فلو لم تقبل
شهادة الفروع لتعطلت حقوق الناس • وكما تجوز في درجة تجوز في درجات حتى تجوز
الشهادة على شهادة الفروع ثم وثم صيانة لحقوقهم عن التوا • الا ان فيها شبهة من حيث البدلية
فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كشهادة الرجال مع النساء بل اولى لان
شهادة الرجال مع النساء في صورة الخلف وليس بخلف حقيقة حتى تجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين
مع القدرة على استشهاد رجلين وهذه خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة
الاصول وان لم يسقط العجز عن شهادة ساير الاصول • وقالوا ان معنى البدلية لا يبقى لان القاضي
لا يقضي بشهادة شاهد شهد اصلا وشهادة شاهدين على شهادة اخر • ولا يجوز تكميل
الاصل بالبدل كما في الوضوء والتيمم • ويجوز القضا بذلك مع القدرة على شهادة الاصول
ولكن في الشهادة على الشهادة شبهة زايدة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود لان الشبهة في
عامة الشهادات تثبت في المشهود به احكاما لا • وهنا تثبت شبهة زايدة في نفس الشهادة
انها هل وجدت من الاصول ام لا • فان قيل ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا
على شهادة شاهدين او قاضي بلد كذا ضرب فلانا حدا في قذف فهو جائز • قلنا
لان المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد • وفعل القاضي مما يثبت مع الشبهات وانما الذي
لا يثبت مع الشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة • فان قيل اليس اقامة الحد مسقط للشهادة
بطريق العقوبة • قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه ما هو السبب الموجب
للحد وهو القذف • فان شهد رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا • وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز الا اربع على كل اصل اثنان لان الفرعين قايمين مقام اصل واحد فلا يتم
الحجة بهما كالمراة تبين لما قامتا مقام رجل واحد لم تتم الحجة • ولنا قول علي رضي الله عنه
لا يجوز على شهادة رجل الا رجلين ذكره مطلقا ولم يرو عن غيره خلافه فحل محل الاجماع • ولان
طريق الجواز ان ينقل الفرع بشهادته شهادة الاصل الى الاصل الى مجلس القضا فصار نقل
شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق من الحقوق ثم شهدا بحق اخر فتقبل • وهذا
لانهما اذا شهدا على شهادة احدهما يثبت شهادتهما في مجلس القضا كما لو حضر بنفسه
فشهد • ثم اذا شهدا على شهادة الاخر تثبت شهادته ايضا في مجلس القضا فلا فرق بين شهادتهما
على شهادته وبين شهادة رجلين اخرين عليهما • ولا تقبل شهادة رجل على رجل خلافا لمالك رحمه الله
لما روينا عن علي رضي الله عنه • ولان شهادة الاصل لا تثبت عند القاضي الا بشهادة شاهدين

كإقرار المقر. وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع اشهد أن لزيد على بكر كذا أو اشهد
أنت على شهادتي بذلك. أو يقول اشهد على شهادتي أن فلان ابن فلان أقر عندي بكذا أو يقول
اشهد أني سمعت فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد أنت على شهادتي بذلك. ولا يقول اشهد
علي بذلك لأنه يحتمل أن يكون على أصل الحق المشهود به وهو أمر بالكذب. وكذا لا يقول
فاشهد بشهادتي لأنه يحتمل أن يكون مراده فاشهد بمثل شهادتي فيكون أمرا للفرع بعينه
بالشهادة على أصل الحق. وهذا لأن الفرع نائب عنه وأداؤه عليه فلا بد من تحميل الأصل
وتوكيله فلا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله إلى مجلس القضاء. ولا يحتاج الأصل
إلى أن يقول أشهدني فلان على نفسه. لأن من سمع إقرار رجل حل له الشهادة وإن لم يقل له
اشهد لأنه سمع ما هو حجة بنفسه. وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني على شهادته
أن فلانا أقر عنده بكذا وقال اشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته وذكر
شهادة الأصل وذكر التحميل. ولها لفظ أطول من هذا وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدني
على شهادته أنه شهد أن فلان ابن فلان أقر عنده وأشهده على نفسه أن لفلان ابن
فلان ألف درهم وقال لي اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان أقر عندي
لفلان بكذا وكان يفتي به شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. وكذا ذكر محمد رحمه الله
في السير الكبير ولكن خير الأمور أوساطها. ومن قال أشهدني فلان على نفسه بكذا
لم يسع السامع أن يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي بذلك لما مر أنه لا بد
من التحميل والتوكيل وهذا ظاهر على أصل محمد رحمه الله. لأن القضاء عنده بشهادة
الفروع والأصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع على معنى أن المشهود عليه
بالخيار إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع. وليس معناه أنه يقضي بالنصف
على الأصول وبالنصف على الفروع فإذا كان كذلك فلا بد من نقل الشهادة إلى مجلس القاضي
فلا بد من التحميل ولم يوجد. وأما عندهما فلأن الحكم وإن كان يضاف إلى الفروع حتى
يجب الضمان عليهم دون الأصول عند الرجوع ولكن تحملهم إنما يصح إذا عاينوا ما هو حجة
والشهادة في غير مجلس القضاء ليست بحجة فيجب النقل إلى مجلس القاضي ليصير حجة ويظهر أن
التحمل حصل بما هو حجة. فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل. ولا تقبل شهادة
شهود الفروع إلا أن يموت شهود الأصل أو يمرضوا مرضا لا يستطيعون حضور
مجلس القاضي أو يغيبوا مسيرة ثلاثة أيام ولياليها فصاعدا. لأن في الشهادة على الشهادة
معنى البدلية فيتعلق بالعجز عن الأصل وقد تحقق العجز بهذه الأشياء. أما الموت فظاهر
وكذا المرض لأن تكليف المريض باطل وتكليف القاضي أن يحضر تشنيع. وأما الغيبة
فالمعتبر فيها السفر لأن البعد فيها معتبر والفاصل مدة السفر لترتب الأحكام عليها
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لم يجعل السفر شرطا. ولكنه قال إن كان غائبا في مسافة لو غدا
إلى القاضي لأداء الشهادة لم يستطع أن يبيت بأهله صح الإشهاد لأن إحياء الحقوق

واجب ما أمكن وذا فيما يقول وهذا لأن الشاهد محتسب فلا يجوز أن يكلف ما فيه حرج.
والظاهر أنه لا يتكلف ذلك أيضا لإقامة الحسبة. وفي المبسوط تقبل في غيبة من له حرج عظيم
غاية الأمر أن أداء الشهادة فرض عليه ولكن بشرط أن لا يلزمه حرج قالوا هذا أرفق والأول
أحسن. فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز لأن شاهد الفرع إذا صلح مزكيا
فرق بين تزكيته وتزكية غيره. وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر
صح لما بينا. فإن قيل شهادة نفسه لا تصح إلا بتعديله فكان متهما فيه. قلنا العدل
لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه مع احتمال أنه شهد ليصير مقبول القول وإن
لم يكن له شهادة على أن شهادته مقبولة وإن ردت شهادة صاحبه فلا تتمكن التهمة.
وإن سكتوا عن تعديلهم صح. ونظر القاضي في حالهم أي يتعرف القاضي عدالة شهود
الأصل ممن هو أهل التزكية وهذا عند أبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله لا تقبل
لأنه لا شهادة إلا بالعدالة فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل. ولأبي يوسف
رحمه الله أن الواجب عليهم النقل لا التعديل لأنه ربما يخفى عليهم فإذا نقلوا فالقاضي يتعرف
العدالة كما لو حضروا بأنفسهم وشهدوا. وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل
شهادة شهود الفرع. ومعنى المسألة أنهم قالوا ما لنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو
غابوا حتى جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة. أما مع حضرتهم فلا يلتفت
إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا وهذا لأن التحميل شرط وقد فات للتعارض بين
الخبرين. رجلان شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية أنها أقرت
لفلان بكذا وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها بعينها فجاء بامرأة وقالا أي الفرعان لا
ندري هي هذه أم لا فالقاضي يقول للمدعي قد ثبت لك الحق على فلانة بنت فلان الفلانية
بشهادة هذين الشاهدين فهات شاهدين آخرين يشهدان أن هذه فلانة بنت فلان
الفلانية حتى أجيز الشهادة. وهذا لأنهم نقلوا كلام الأصول كما تحملوا فصح النقل
وقولهم لا ندري هي هذه أم لا لا يوجب حرجا في الشهادة. لأنهم إن لم يعرفوها فقد
عرفها الأصول وإنما لم يحكم بهذه الشهادة لأن الشهادة تحققت على المعرفة بالنسبة
والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ويحتمل أن يكون الحاضرة غيرها. فوجب التوقف حتى يشهد
شاهدان أنها فلانة بعينها. وكذلك كل الشهود إذا تحملوا الشهادة ببيع المحدود بذكر
الحدود من غير معرفة عينه وشهدوا على المشتري فقال للمدعي هات شاهدين أن هذه
الأرض المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء. وكذا إذا أنكر
المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده. وكذا كتاب القاضي إلى
القاضي إذا ورد كتاب القاضي إلى القاضي وفيه شهد بين يدي فلان أن لفلان على
فلان كذا من المال وأنكر ذلك الرجل أن يكون هو فلان ابن فلان فلا يكون الكتاب
في حقه حجة ما لم يشهد آخران أن فلان ابن فلان. وهذا لأن كتاب القاضي لنقل الشهادة

كالشهادة على الشهادة، إلا أن القاضي بولايته وأمانته ينفرد بالنقل. وإن قالا فيهما أي في الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة. وهذا لأنه لا بد من التعريف وذا لا يحصل بالنسبة العامة والنسبة إلى تميم عامة لا يحصى عددهم فلا يحصل التعريف، بخلاف النسبة إلى الفخذ لأنها خاصة. وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة. وقيل السمرقندية والبخارية عامة. وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة. وإلى المحلة الكبيرة والمصر عامة. ثم التعريف عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وإن كان يتم بذكر الجد، وذكر الفخذ يقوم مقام الجد لأنه اسم الجد الأعلى فنزل منزلة الجد الأدنى.

فصل أقر أنه شهد زورا يشهر فقط. اعلم أن شاهد الزور يعزر إجماعا اتصل القضاء بشهادته أو لم يتصل لأنه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين. قال عليه السلام أيها الناس عدلت شهادة الزور بالإشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور حنفاء لله. وسئل عليه السلام عن الكبائر فقال الإشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور. وليس فيها حد مقدر فيعزر زجرا له وتنكيلا. إلا أنهم اختلفوا في كيفيته. فقال أبو حنيفة رحمه الله تعزيره تشهيره فقط. وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه. وله أن شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب فيبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر في أجمع ما كانوا ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس. وشريح رضي الله عنه كان قاضيا في زمن الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين. ومثل هذا التشهير لا يخفى على الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع. فكان هذا منه احتجاجا بإجماع الصحابة رضي الله عنهم لا تقليدا لشريح لأنه لا يرى تقليد التابعي. ولأن الضرب وإن صلح زجرا في حق من لم يباشر لم يصلح زجرا في حق من باشر بل يصده عن الرجوع فوجب التخفيف باعتباره. وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدليل التبليغ إلى الأربعين والتسخيم. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما. وذكر في المبسوط وشاهد الزور عندنا هو المقر على نفسه لأنه لا تتمكن تهمة الكذب في إقراره على نفسه، أما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينة حجة الإثبات.

كتاب الرجوع عن الشهادات

فركنه قول الشاهد شهدت بزور، وحكمه وجوب التعزير كما بينا. والضمان مع التعزير إن رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض. وشرط جوازه أن يكون الرجوع عند القاضي. فلا يصح الرجوع عن الشهادة إلا عند القاضي لأنه فسخ لشهادة أداها وقد اختصت

الشهادة بمجلس القضاء فيختص الرجوع بما تختص به الشهادة وهو مجلس القاضي أي قاض كان كالفسخ في باب البيع يشترط لصحته ما يشترط لصحة البيع وهو قيام المعقود عليه. ولأن الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية كما قال عليه السلام السر بالسر والعلانية بالعلانية. فإذا كان جنايته في مجلس القضاء فلتكن توبته بالرجوع كذلك. وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان. وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو برهن أنه رجع عند قاض بلد كذا وضمنه المال تقبل لصحة السبب. فإن رجع الشاهدان عن شهادتهما قبل الحكم بها لم يقض القاضي بشهادتهما لظهور التناقض بين كلاميهما. والقاضي لا يقضي بكلام متناقض. وهذا لأنه عند ذلك لا يترجح جانب الصدق على جانب الكذب وبدون رجحان الصدق لا يصير حجة. ولم يضمنا لأنهما لم يتلفا شيئا لا على المشهود له ولا على المشهود عليه. وإن حكم بشهادتهما ثم رجعا لم ينقض الحكم لأنه كما لا يقضي بالكلام المتناقض لا ينقض ما قضاه بالكلام المتناقض. ولأن الكلام الأول ما قبل الثاني في الدلالة على الصدق وقد ظهر رجحان الأول باتصال القضاء به. وضمنا للمشهود عليه ما أتلفا بشهادتهما لإقرارهما على أنفسهما بسبب الضمان وهو الشهادة الباطلة والتناقض لا يمنع ثبوت حكم إقراره على نفسه. وهذا لأن التسبب إذا كان تعديا بمنزلة المباشرة في إيجاب الضمان البتة. وقد أقرا بالتعدي في التسبب الذي كان منهما. وقال الشافعي لا يضمنان لأنه لا اعتبار بالتسبب عند وجود المباشرة. قلنا لا يمكن إيجاب الضمان على القاضي وإن حصل الإتلاف بقضائه لأنه بمنزلة الملجأ من جهتهما إلى القضاء. فإن بعد ظهور عدالتهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه يأثم بتركه ويعزر. ولو أوجبنا الضمان عليه يمتنع الناس عن إقامته ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض وتسليط المشهود له على مال المشهود عليه بالقضاء وسببه شهادة الشهود فأضفنا الحكم إلى أصل السبب. وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن تحقق الخسران عند تسليمه المال إلى المقضي له. فأما ما بقيت يده على ماله فلا يتحقق الخسران في حقه. ولأن الضمان مقدر بالمثل وهما أتلفا عليه دينا حين ألزماه ذلك بشهادتهما. وإذا ضمنهما قبل الأداء فقد استوفى منهما عينا بمقابلة الدين فلا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين. وفي الأعيان إن ثبت المقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل وأن المال في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال عن يده بقضاء القاضي كذا في المبسوط. وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الإسلام إن كان المشهود به عينا فللمشهود أن يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود له العين أو لم يقبض لأن الشهود أزالوا الملك عنه بشهادتهم عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فلو أزلنا العين عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لا تنتفي المماثلة. بخلاف ما إذا كان المشهود به دينا. فإن رجع أحدهما ضمن النصف

والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق
وهذا لأن بشهادة كل واحد منهما تقوم نصف الحجة فببقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة
في النصف فيجب على الراجع ضمان ما لم تبق الحجة فيه وهو النصف. وتحقيقه أنه لا يثبت الحكم
ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة. كابتداء الحول لا ينعقد على بعض النصاب
ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب. وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم لم يضمن الراجع شيئا
لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق. وهذا لأن الراجع وإن زعم أنه متلف بشهادته عليه
فما أتلفه مستحق عليه بشهادة غيره واستحقاق ذلك عليه بالحجة يمنعه من الرجوع عليه بالضمان
كمن غصب مال إنسان أو أتلفه ثم استحق رجل ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمتلف عليه
على المتلف إذا لم يضمنه المستحق شيئا. فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لأنه بقي على
الشهادة من يبقى به نصف المال. فإن قيل ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط لأن التلف
أضيف إليه. قلنا التلف مضاف إلى المجموع إلا أن رجوع الأول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء
من بقي فإذا رجع الثاني ظهر أن التلف بهما. وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة
ضمنت ربع المال لأنه بقي على الشهادة من يبقى به ثلاثة أرباع المال. فإن رجعتا ضمنتا
نصف المال لبقاء من يبقى به نصف المال. وإن شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان فلا
ضمان عليهن لبقاء من يبقى بشهادته كل المال وهو رجل وامرأتان. فإن رجعت أخرى
ضمن ربعه لبقاء من يبقى به ثلاثة أرباع الحق إذ النصف يبقى بالرجل والربع بالباقية. وإن
رجع الرجل والنساء فعليه سدس المال وعليهن خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله
وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأن النساء وإن كثرن في الشهادة لم يقمن
إلا مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل. فإنما كان الثابت بشهادته
نصف المال وبشهادتهن نصف المال. وله أن كل امرأتين في الشهادة يقومان مقام
رجل واحد كما قال عليه السلام في نقصان عقل النساء عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل
فعشر نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فإن
الضمان عليهم يكون أسداسا. وإن رجعت النسوة العشر دون الرجل فعليهن نصف
المال أما عندهما فظاهر لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وكذا عنده لأنه
بقي من يبقى به نصف المال فصار كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة. وإن شهد
رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن المرأة الواحدة ليست
بشاهدة إذ المرأتان كشاهد واحد فكانت الواحدة بعض الشاهد فكان القضاء
مضافا إلى الرجلين دون المرأة. فإن شهد شاهدان على امرأة أو عليه بنكاح بمهر مثلها شهادتي
ورجعا لم يضمنا وإن زاد عليه ضمنا الزيادة. والأصل أن المشهود به إذا لم يكن مالا بأن
كان قصاصا أو نكاحا لم يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعي رحمه الله. وإن كان
مالا فإن كان الإتلاف بعوض يعادله فلا ضمان على الشاهد لأن الإتلاف بعوض

كلا إتلاف. وإن كان بعوض لا يعادله فبقدر العوض لا ضمان ويجب الضمان فيما وراءه.
وإن كان الإتلاف بلا عوض أصلا يجب ضمان الكل. فإذا ثبت هذا فنقول إذا ادعى رجل
على امرأة نكاحا فأقام على ذلك بينة والمرأة جاحدة فقضي بالنكاح ثم رجعا عن شهادتهما
لم يضمنا لها شيئا سواء كان المسمى مثل مهر مثلها أو أكثر أو أقل. لأنهما وإن أتلفا البضع
عليها بعوض لا يعادله ولكن البضع لا يتقوم على المتلف وإنما يتقوم على المتملك ضرورة التملك
وهذا لأن ضمان الإتلاف مقدر بالمثل ولا مماثلة بين البضع والمال فأما عند دخوله في
ملك الزوج فقد صار متقوما إظهارا لخطره حتى يكون مصونا عن الابتذال فلا يملك مجانا
فإن ما يملك مجانا لا يعظم خطره وقد ذكرنا. وذلك محل له خطر النفوس. وهذا المعنى لا يوجد
في طرف الإزالة. وإن ادعت امرأة نكاحا على رجل فأقامت عليه بينة وقضي بالنكاح ثم رجع
الشاهدان فإن كان مهر مثلها مثل المسمى أو أكثر لم يضمنا شيئا لأنهما أوجبا المهر عليه
بعوض يعادله أو يزيد عليه وهو البضع لأنه عند الدخول في ملك الزوج متقوم وقد
بينا أن الإتلاف بعوض يعادله لا يوجب الضمان. وإن كان مهر مثلها أقل من المسمى
لت ضمنا الزيادة للزوج لأنهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض. وإن ادعى نكاحها بمائة وقالت
تزوجتني بألف ومهر مثلها ذلك فأقام شاهدين على مائة فقضي بذلك وقد دخل بها ثم رجعا
ضمنا لها تسعمائة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف رحمه الله لم يضمنا لها
شيئا وهو بناء على ما مر في كتاب النكاح أن الزوجين إذا اختلفا في المهر فمهر المثل
كما تقول المرأة فعندهما القول لها فكان يقضى لها عليه بالألف لولا هذه الشهادة
فهما أتلفا عليها تسعمائة بشهادتهما فيضمنا لها ذلك عند الرجوع. وعنده القول له في المهر
فلم يتلفا عليها شيئا. وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا لأنهما
أقاما مثل ما أزالا. وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان لحصول الإزالة بلا عوض
في حقه ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع. فإن قيل البيع بشرط الخيار
للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع
في المدة فإذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع أن لا يضمنا سببا. قلنا زوال الملك وإن تأخر
إلى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده فكان
الإتلاف حاصلا بشهادتهما والبائع كان منكرا لأصل البيع فلا يمكنه أن يتصرف
بحكم الخيار مع إنكاره لأنه إذا تصرف بحكم الخيار يصير معترفا بالبيع ويظهر كذبه عند الناس
والعاقل يتحامى عن مثله فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن الشاهدين
وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الوطء ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا
على الزوج ما كان على شرف السقوط فإن المرأة إذا ارتدت أو قبلت ابن زوجها سقط
عنه المهر فكأنهما ألزماه ذلك. ولأن الطلاق قبل الدخول في معنى الفسخ فكان ينبغي
أن يسقط كل المهر. وإنما وجب نصف المهر ابتداء على وجه المتعة وكان وجوبه مضافا

إلى شهادتهما فيضمنانه. وكذا إن شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا بعد موته
غير ما لو ورثته نصف المهر. ولم يرث لأنا حكمنا بالبينونة في حال الحياة. ولو شهدا بعد
موت الزوج أنه طلقها في حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة. لأن الشهادة
وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف المهر والميراث. لأن المهر كان متأكدا ظاهرا بالموت
بحيث لا يسقط بالمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بموت الزوج فهما بهذه الشهادة
أبطلا عليها نصفا متأكدا من المهر وإرثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك. وإن شهدا
بالطلاق بعد الوطء لم يضمنا لأن المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما. وإن شهدا أنه أعتق
عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض والولاء للمعتق. لأن
العتق لا يتحول إلى الشاهدين بهذا الضمان لأنه مما لا يحتمل الفسخ فلا يتحول الولاء ضرورة
لأن الولاء لمن أعتق. وإن شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولم يقتصا. وقال
الشافعي رحمه الله يقتصان كالمكره لأن كل واحد قاتل تسببا بل هنا أولى. لأن الولي يعان
على القتل والمكره يمنع عنه من جهة الشرع فكان معنى التسببية وهو الإفضاء في الشهادة أقوى
وقد وجب القصاص على المكره فلأن يجب هنا أولى. ولنا أن القصاص جزاء مباشرة القتل ولم
يوجد منهما القتل مباشرة لأنها بفعل الولي. فإن قيل هذا مسلم ولكنا جعلنا السبب المؤكد
بالعمل الكامل بمنزلة المباشرة وقد وجد إذ ذلك الشاهد عين المشهود عليه والتمكن من
مباشرة القتل بشهادته إذ لولا شهادته لما حكم بالقتل ولو لم يحكم بالقتل لما تمكن من قتله. قلنا
الشهادة ليست بقتل حقيقة. وإنما تصير قتلا بواسطة ليست في يد الشاهد وهو حكم القاضي
واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري قاطع للنسبة إلى الشهود كما في دلالة السارق
وفتح القفص. بخلاف المكره لأن المكره صار آلة للمكره فأضيف فعله إليه لأن اختياره
فاسد واختيار المكره صحيح. على أنه إن لم يقطع النسبة بالكلية فلا أقل من أن يورث الشبهة
وهي مانعة للقود. بخلاف الدية لأن المال يثبت مع الشبهات. وقوله في الهداية ولنا
أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا. لأن السبب ما يفضي إليه غالبا وهي لا يفضي لأن العفو
عن القصاص مندوب إليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى. بخلاف المكره
لأنه لا يؤثر حياته ظاهرا مشكل لأن الأمر على الغالب أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحا
له وبه يدرك ثاره. والظاهر أن المكره لا يقتل لأنه لا يباح له قتله. ويحتمل أن يندفع
المكره عنه أو يلحقه الفوت. وإن رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الحكم أضيف إلى
أداء شهادتهم في مجلس القضاء وكان التلف مضافا إليهم فيضمنون. وإن قال شهود الفرع
كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم أي قالوا ذلك بعد القضاء لم يضمنوا
لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم وإنما شهدوا على غيرهم بالرجوع. ولم يلتفت إلى قولهم
لأن القضاء الممضى لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم. وإن رجع شهود الأصل بعد
القضاء فقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا لأنه لم يوجد من جهتهم سبب

موجب للضمان لإنكارهم سبب الإتلاف وهو الإشهاد على شهادتهم. ولا يبطل القضاء للتعارض
بين الخبرين فصار كرجوع الشاهد. بخلاف ما قبل القضاء لأنهم أنكروا التحميل ولا بد
منه. وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا لم يضمنوا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى
لأن القضاء لم يقع بشهادتهم وإنما وقع بشهادة الفروع. لأنه إنما يقضي بما عاين من الحجة
وهي شهادة الفروع. وعند محمد رحمه الله ضمنوا لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول فكأنهم
حضروا وشهدوا وإنهم حضروا وإن رجعوا. ولو رجع الأصول والفروع جميعا يضمن الفروع
لا غير عندهما. لأن سبب الإتلاف الشهادة القائمة في مجلس القاضي وذا وجد من الفروع
فيجب الضمان عليهم عند الرجوع. وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الفروع
وإن شاء ضمن الأصول. لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث إن القاضي عاين شهادة
الفروع ووقع بشهادة الأصول من حيث إن الفروع نائبون عنهم وقد نقلوا شهادة الأصول
بأمرهم فيتخير في تضمين أي الفريقين شاء والجهتان متغايرتان. لأن شهادة الأصول
على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول فلا يجمع بينهم في التضمين بل يجعل كل
فريق كالمنفرد. وللمشهود عليه الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب فإن للمغصوب
منه أن يضمن أيهما شاء. وإن رجع المزكون عن التزكية ضمنوا عند أبي حنيفة. لأن
الحكم يضاف إلى الشهادة والشهادة إنما تصير حجة بالعدالة والعدالة إنما تثبت بالتزكية
فصارت في معنى علة العلة كالرمي فإنه سبب لمضي السهم في الهواء وذا سبب الوصول
إلى المرمي وذا سبب الجرح وذا سبب ترادف الآلام وذا سبب الموت ثم الموت أضيف
إلى الرمي الذي هو العلة الأولى حتى يجب عليه أحكام القتل من القصاص والدية والكفارة.
وعندهما لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه
بأن شهدوا بإحصانه ولو شهدوا بإحصانه ثم رجعوا لم يضمنوا عندنا خلافا لزفر
رحمه الله. له أن الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة. ولنا أن الإحصان
في معنى العلامة فكان لأن حكم الشرط يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط. والزنا إذا وجد
لم يتوقف حكمه على إحصان يحدث بعده فإنه إذا زنى ثم أحصن لا يرجم ولكن الإحصان
إذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فثبت أنه علامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب
إذ الحكم لا يضاف إلى المظهر فلذا لم يضمنوا بحال. وإن شهد شاهدان باليمين أي
قالا إنه قال لعبده إذا دخلت الدار فأنت حر أو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت
طالق وهي غير مدخول بها وشهد آخران بوجود الشرط أي الدخول ورجع الفريقان
بعد الحكم فالضمان على شهود اليمين دون الشرط وهو قيمة العبد أو نصف المهر لأنهم
شهود العلة. إذ التلف إنما يحصل بالإعتاق أو التطليق وهم الذين أثبتوا تلك الكلمة
وإنما كان الشرط مانعا فعند وجود الشرط أضيف التلف إلى علته دون زوال المانع
ولو رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض لأن الشرط إذا سلم عن معارضة

العلة صلح علة. لأن العلل لم تجعل عللاً بذواتها فاستقام أن يخلفها الشرط. والصحيح
أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات. وإلى هذا مال شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله. وإلى الأول مال فخر الإسلام البزدوي رحمه الله. ولو شهدا بالتفويض
وآخران بأنها طلقت أو أعتق فالتفويض كالشرط. **فصل** الأصل أن ضمان الطرف
يدخل في ضمان النفس للتبعية ولا يدخل في ضمان طرف آخر لعدمها. شهد ثلاثة بالقود
فقضى بالقود فقطع الولي يده فلا شيء عليه لأنه لو أتلف كله لا يجب عليه شيء وكذا
إذا أتلف جزءه اعتباراً للجزء بالكل. فإن رجع واحد أمضى القود لبقاء من يبقى به الحق
وهو اثنان. فإن قتله فرجع آخر غرم الراجع الأول ربع دية اليد لأنها قطعت بشهادة
الكل وقد بقي بنصف الحق فكان التالف بشهادة الراجعين نصف اليد فغرماه ذلك
فيكون على كل واحد منهما الربع غير أن الربع الذي وجب على الرابع الثاني يدخل في
ضمان النفس لأن النفس تلفت بشهادتهما لا بشهادة الأول حصل بعده فاقتصرت شهادته
على فوات اليد وبقي الإتلاف مضافاً إلى شهادة الباقيين. وغرم الثاني نصف دية النفس
ولا تدخل دية اليد فيه لما بينا. فإن رجع الثالث غرم دية النفس وغرم الأول ثلث دية
اليد لأنها استوفيت بشهادتهم ولم يبق من يقوم شيء من الحق بقيامه. وصار كما لو
اجتمعوا على قطع يده خطأ ثم قتله اثنان قبل برئه. ولو قطع الولي يده فرجع واحد فقطع
رجله فرجع آخر لم يكن للولي أن يقتله لأنه عقوبة فكان القضاء من الإمضاء فيه
كما في الحدود. وغرم الأول ربع دية اليد ونصف دية الرجل لما مر. فإن رجع آخر
شركوا في دية اليد أي دية اليد عليهم تكون أثلاثاً ودية الرجل على الباقيين نصفان.
فإن مات من القطعين ولم يرجع الثالث بعد ضمنا نصف ديته لبقاء نصفها ببقاء الثالث.
فإن رجع الآخر شركوا على كل واحد الثلث. ومن وجب عليه دية الطرف يضمن
في سنتين. ومن وجب عليه دية النفس يضمن في ثلاث سنين. فإن قطع الولي يده
فرجع واحد فقتله فرجع آخر ثم وجد الثالث عبداً فدية اليد على الراجعين نصفين
ودية النفس على عاقلة الولي. لأنه لما ظهر أن الثالث عبد تبين أن اليد تلفت بشهادة
الراجعين والنفس بشهادة الثاني والعبد ليس من أهل الشهادة فتبين أنه لا يجوز للقاضي
إمضاء القضاء على القتل فكان مخطئاً في الإمضاء والقاضي لا يضمن بالخطأ لأنه عامل لغيره
فتجب على العاقلة. لأن الولي استوفاه على زعم الإباحة بناء على قضاء القاضي فصار كالرامي
إلى الصيد. ولا شيء على الراجع الثاني من دية النفس لأن الاستيفاء لم يحصل بشهادته
لأن شهادة الواحد لا تأثير لها في القضاء. ولو قطع يده فرجع واحد ثم قطع رجله
فرجع آخر ثم وجد الثالث عبداً فدية اليد على الراجعين ودية الرجل على عاقلة الولي
لما مر. فإن مات منهما فنصف دية النفس عليهما والنصف على عاقلة الولي. ولو قطع يده
ثم رجع واحد ثم قتله فوجد أحد الباقيين عبداً ضمن الأول نصف دية اليد لبقاء

النصف

النصف ببقاء الباقي وتضمن العاقلة دية النفس لأنها استوفيت بخطأ القاضي. ولو ادعى رجل ألفاً
فشهد واحد على شهادة شاهدين على شهادة ثلاثة على إقرار المدعى عليه بألف وشهد آخر
على شهادة أحد الشاهدين على شهادة الثلاثة وشهد آخر على شهادة أحد الثلاثة لم يقض بشيء
لأن شهادة الأول والثاني تثبت شهادة أحد الأوسطين لكن شهادته لا تثبت شهادة واحد
من الأصول لعدم العدد. فإذا شهد الثالث شهادة على شهادة أحدهم فقد اجتمع الأوسط
والثالث على شهادة أحدهم فثبتت شهادة واحد منهم لا غير فلا يقضى حتى يشهد آخر على الحق
أو يشهد واحد من الثلاثة سوى الذي ثبتت شهادته بشهادتهم. شهدوا على مورثهم أي
أبيهم أو أخيهم أو ابن عمهم المحصن بالزنا رجم لأنه لا تهمة فيه ولا يعتبر تهمة استعجال الإرث
لأنه يثبت ضمناً. والمعتبر تهمة متحققة لا موهومة. ألا ترى أن شهادة الأخ تقبل لأخيه
وإن توهم إرثه. ولا يتعمدون مقتلاً في ذي رحم محرم لأنه وجب عليهم إحياؤه بالنفقة
فإن رجم ولم يصيبوا مقتله فرجع واحد غرم ربع ديته. لأن التلف حصل بشهادتهم وقد
بقي من يقوم بثلاثة أرباع. وورث الراجع لأنه قتل بطريق التسبب ومباشرة القتل بغير
حق يوجب الحرمان لا التسبب لأنه جزاء القتل المطلق وذا بالمباشرة لاتصال الآلة بالمحل
فإن أصابوا مقتلاً فرجع واحد وكذبوا في الرجوع لم يغرموا شيئاً لأنه أقر بالدية
وهم ردوه فارتد إقراره بردهم وورث لأنهم أقروا له بالشركة في الإرث والحق
لهم في الظاهر. وإن قالوا ما شهدت بباطل لأنك ما رأيت زناه ورأيناه غرم ربع
الدية لهم لأنه أقر لهم بذلك وهم صدقوه فلزمه حكم إقراره. ولا يرث لأنه زعم أنه
قتل بغير حق فصدق فيه. وإن كذبوه في الشهادة وصدقوه في الرجوع غرم ديته
لأنه رجوع منهم وحدوا للقذف وحرموا عن الإرث وصرف إلى أقرب الناس إليه.
شهدوا على أخيهم أنه زنى بامرأة أبيه وهي غير مدخول بها وأمهم حية أو ميتة
وقالوا طاوعت والأب يدعي لا يقبل لأن هذه شهادة للأب بسقوط كل المهر.
وإن جحد تقبل لأنه شهادة عليه بزوال الملك وما فيه من النفع مشوب بالضرر فترجحت
المضرة بالجحود. وكذا إن شهدوا أنها مكرهة تقبل ادعى الأب أو جحد. أما إذا جحد
فلما مر. وأما إذا ادعى فلا نفع لأن نصف المهر ونفقة العدة واجبان حالة الإكراه
رجم بعض الرجم فوجد شهوده أو الإحصان عبيداً قبل أن يقتل درئ الحد. وفي القياس
يرجم وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجلد ما بقي جلدة لأن ما مضى ليس بحد فيجتمع
الجلد وبعض الحد بزنا واحد. وحقيقة الجمع منسوخة ممنوعة فصارت شبهة ممنوعة
كثبوت إحصانه في بعض الجلد أي لو قامت البينة على الزنا فأمر بالجلد فجلد بعضه
ثم قامت البينة على الإحصان لم يرجم لما مر. وفي القياس يرجم. شهدا بالبيع والنكاح
وقبض الثمن والمهر فرجعا ضمنا الثمن والمسمى أي إذا كان لرجل أمة قيمتها مائة فشهد
شاهدان عليه أنه باع من فلان بخمسمائة وقبض الثمن والبائع يجحد والمشتري يدعي

فقضي به ثم رجعا ضمنا قيمتها لأنهما أتلفاها على البائع • لأن البينة إذا قامت على البيع بثمن مقبوض والقاضي
لا يقضي بالثمن لأنه مقبوض لا طالب له ولهذا لا يمنع جهالة جنسه وقدره صحة الحكم
وإنما يضمن الشهود ما دخل تحت القضاء بشهادتهم وإنما دخل تحته زوال رقبة الأمة عن
ملكه فلذلك ضمنا قيمتها • وكذا لو ادعى على امرأة نكاحا بألف ومهر مثلها خمسمائة فشهدا
بالنكاح وقبض المهر فقضي به ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل دون المسمى لأن البضع متقوم
عند الرجوع • ولو شهدا بالبيع أولا وقضي به وبالثمن ثم شهدا بقبض الثمن وقضي به ثم
رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن خمسمائة لأنهما بالشهادة الأولى أزالا الملك إلى بدل هو خمس
فلم يكن إتلافا فتعينت الشهادة بالقبض بعد ذلك إتلافا للثمن فإذا رجعا ضمنا الثمن لأنهما
أتلفاه • ولو شهدا بالنكاح بألف ولم يشهدا بقبض الألف حتى قضي بالنكاح ثم شهدا بقبض
الألف وقضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا المسمى لها وهو ألف • لأن في الفصل الأول أتلفا
عليها منافع البضع لا المسمى فضمنا المسمى كما في البيع • ولو شهدا على رجل أنه باع هذا العبد
من فلان بخمسمائة إلى سنة وقيمته مائة والبائع يجحد ثم رجعا بعد القضاء فللبائع الخيار
إن شاء أخذنا الثمن خمسمائة إلى سنة على المشتري • وإن شاء ضمن الشاهدين قيمة العبد حالة
لأنهما وإن أزالاه بعوض فذلك العوض قبل حلول الأجل كالمعدوم لأنه لا تصل يده إليه
ولو شهدا بالبيع وقضي به ثم شهدا أنه أجره وقضي به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا
خمسمائة لأن الشهادة الأولى ليست بإتلاف فتعلق حقه بالبدل • وقد أتلفا البدل عليه
فضمناه • اثنت برأته أمس فشهدا أنه اشترى منه بألف فقيمته مائة قبله فرجعا ضمنا
قيمته • صورته رجلان بينهما أخذ وإعطاء فادعى أحدهما على صاحبه مالا فأقام المدعى عليه
البينة أنه حاسبه أمس وأبرأه عن كل قليل وكثير يدعيه وقضي به ثم شهد المدعي البراءة
أنه اشترى من المدعى عليه البراءة العبد الذي في يده أول من أمس وقيمته مائة وجحد البائع
والمشتري يدعي وقضي ثم رجعا عن الشهادة بالبيع ضمنا القيمة دون لأنه قضي بالبيع والثمن
غير مقضي به لأنه قارن القضاء ما يمنع القضاء به وهو البراءة فصار كما لو شهدا بالبيع وقبض
بالثمن • ادعى نكاحها فقالت تزوجتني بلا شهود أو كنت معتدة الغير أو مجوسية أو أنا أختك
من الرضاعة فالقول له وعليها البينة لأنهما تصادقا على أصل العقد والتصادق على أصل العقد
اتفاق على ما هو من شرائطه • لأن الشروط أتباع تثبت بثبوت الأصل ويسعها المقام معه
إذا قضي به لو كانت محلا لإنشائه وقت القضاء لأن للقضاء حكم الإنشاء • طلقها ثلاثا وجحد
وحلف لم يسعها المقام معه إن كانت صادقة لأن القاضي لم يقض بشيء • وكذا المرأة إذا ادعت
الفرقة ولم تثبت فبقي ما كان على ما كان وفي كل موضع لا يسعها المقام معه لا يرث
حتى تصدقه قبل موته لإمكان الإنشاء • ولدت أمتان فشهد لكل ابن فريق أنه ادعاه
وقضي بهما فرجعا في حياته ضمنا قيمتهما ونقصان نسبهما لإتلافهما ذلك بشهادتهما •
فإن أعتق المولى ذلك ومات ولا وارث له غيرهما رجع كل فريق على من شهد له بما ضمن

للأب في حصته من التركة • لأنه زعم أن الأب أخذه بغير حق فيكون دينا عليه فيتقدم
على الإرث • وضمن كل فريق نصف قيمته أم صاحبه للولد الذي لم يشهد لأن الموت شرط العتق
فإذا وجد حصل بالشهادة السابقة غير أن ما يصيب المشهود له سقط لأنه يبرئ شهوده
عن نصفه • لأن كل ابن زاعم أن شاهدي صادقان • وإن رجعا بعد موته ضمن كل فريق
نصف قيمة من شهد له ونصف أمه للولد الآخر • لأن كل ابن أبرأ شهوده عن نصيبه
وإن شهدا بعد موته وللميت أخ فرجعا بعد القضاء ضمن كل فريق لابن لم يشهد له قيمة من
شهد له وقيمة أمه وما ورثه لأن رجوع كل فريق صح في حق من لم يشهد له وقد أقر أنه
أتلف عليه بشهادته فيضمن والإرث حكم متعلق بالنسب والموت والنسب آخرهما وهما أثبتاه
فصارا متلفين ذلك بشهادتهما بخلاف ما تقدم لأن الموت آخرهما فأضيف الحكم إلى الموت
دون الشهادة • ولا ضمان للأخ على أحد • لأن لكل فريق أن يقول لولا شهادتنا لكنت محجوبا
بشهادة الآخر • وكذا لو شهد فريق بكله وهما صغيران فكبرا وصدق كل فيما شهد له دون
ما شهد لصاحبه أو كبيران وصدقا ما كل ما شهدا به ورجعا في حياته فإن رجعا بعد
موته لم يضمنا لأحد شيئا لأنهما ينكران الضمان • وإن شهدا بعد موته ثم رجعا ضمنا
قيمة الولدين والأمتين • وجميع ما ورث الابنان للأخ لأنه لولا شهادتهما لكان جميع ذلك
له فإذا رجعا فقد أقر أنه بذلك ولم يستحق عليه بشهادة غيرهما • وفي الأولى استحق بشهادة
الفريق الآخر • والأصل أن الشاهد إنما يضمن ما أتلف بشهادته لمن أتلف عليه وإنما يضمن الرجوع
إذا لم يكن المشهود به مستحقا وارثه لا وارث له غيره وأخذ المال ثم برهن أخوان أنه أخو الميت
وأخذ من العم ثم برهن أخوان أنه ابنه وأخذ من الأخ فرجعوا ضمن شهود الابن للأخ لأنهم
أتلفوا عليه بشهادتهم ولا يضمن شهود العم والأخ لأن ما أتلفه كل واحد من الفريقين مستحق
على المشهود عليه بشهود الابن فلا يضاف التلف إلى شهادتهم • وكذا لو شهدوا معا فقضي
للابن ثم رجعوا ضمن شهود الابن للأخ لما بينا • مات وترك ابنا وثلاثة آلاف فشهد ثلاثة
فرق الثلاثة معا أو مرتبا بثلث ماله وصية بأن أقام رجل أن الميت أوصى له بثلث ماله وأقام
آخر مثله وأقام الثالث مثله وقضي بالثلث بينهم أثلاثا فرجعوا ضمن كل فريق للموصى لهما
الآخرين ثلث الثلث • لأنه يقال لكل فريق لولا شهادتك لكان المال بين الباقيين نصفين
فقد فوت ثلثا فيضمن • ولا ضمان للابن على الشهود لأن كل فريق يقول لولا شهادتي لكان
الثلث مستحقا بشهادة الباقيين فلا يمكنه أن يعتق واحدا إلا بتلاف • ولو شهدوا بالرجوع
والوصية بعد القضاء لكل واحد سلم الثلث للثالث فإن رجعوا ضمن شهود الثاني للأول
نصف الثلث • لأنه لولا شهادتهم لكان الثلث بينه وبين الثالث نصفين فقد أتلفوا
عليه نصف الثلث فيضمنون ذلك • وشهود الثالث للثاني كل الثلث لأنه لولا شهادتهم
لكان كل الثلث للثاني بالرجوع عن وصية الأول وبالوصية الثاني فإنما تلف الثلث عليه
بشهادة شهوده بالرجوع عن وصية الأول • وبالوصية للثاني فإنما تلف عليه الثلث بشهادة شهود

الثالث

فضمنا ذلك. ولا ضمان للوارث لأنه لا يمكنه أن يعين واحدًا للإتلاف. ولو كان مكان
كل واحد ألف عبد يساويه وشهد كل فريق بعبد وقضي به ورجعوا لا ضمان للوارث
وضمن الثاني للأول نصف عبده والثالث للثاني كله لما مر. ولو لم يقض لهما حتى شهدا
للثالث قضي للثالث لأنه قارن القضاء بالوصية للثاني والأول ما يمنع القضاء وهو قيام بينة
عادلة على الرجوع عن وصيتهما إذ المسألة فيه والقضاء بالشيء مع ما ينافيه لا يتصور. فإن رجعوا
ضمن فريقه للورثة لأن القضاء لم يتصل بشهادة الأول والثاني فكان التلف مضافًا إليهم
فإن طلب الثاني تضمين الفريق الثالث أعاد البينة كمن برهن بدين وأثبت المدعى عليه
بالبينة إبراءه قبل القضاء وقضي به ثم رجع شهود الإبراء يعيد البينة مدعي الدين. مات
وترك ثلاثة آلاف وأوصى بثلث ماله لرجل ودفع إليه وشهد اثنان أنه رجع عن الوصية
وقضي به للورثة ثم شهد هذان أنه أوصى بالثلث لآخر وقضي به ثم رجعا عن الشهادتين
ضمنا الثلث مرتين مرة للورثة ومرة للموصى له الأول للإتلاف عليهما. ولو شهدا بالرجوع
والوصية ثم رجعا بعد القضاء أو شهدا بالرجوع وحلف ولم يقض به حتى شهدا بالثلث للثاني
ضمنا للأول لا للوارث لأنه لم يعد إلى ملك الوارث لقيام المانع وهو الوصية الثانية
فصار ذلك إتلافًا على الأول دون الوارث ولو شهدا بهما معًا وقضي للأخير ثم رجعا عن الوصية
الثانية دون الرجوع عن الأولى سئلا ليكشف وجه الحكم أي يسألهما القاضي أين رجعا عن الشهادة
بالرجوع أم لا. وإنما وجب السؤال لأنهما لما رجعا عن بعض الشهادة ثبت احتمال الرجوع
عن الباقي. فإن سكتا أو ثبتا على الرجوع ضمنا الثلث للوارث لإقرارهما بالإتلاف عليه
فإن رجعا بعده عن الشهادة بالرجوع عن الوصية الأولى ضمنا للموصى له الأول ثلثًا آخر
وسلم للوارث ما أخذ منهما لأنهما أقرا للموصى له بالضمان وادعيا ولاية الاسترداد
من الوارث وصدقا فيما عليهما لا فيما لهما. وإن رجعا عن الشهادة بالرجوع حين سئلا
ضمنا الثلث للموصى له الأول دون الوارث لأن القضاء إذا لم يتصل برجوعهم لم يكن له
حكم فلا يجب الضمان للوارث. ولو رجعا أولًا عن الرجوع دون الوصية ضمنا نصف
الثلث للأول لأنه لولا شهادتهما بالرجوع لكان الثلث بين الأول والثاني نصفين
وإنما أتلفا عليه نصف الثلث. وإن رجعا بعده عن الوصية ضمنا للأول بقيته أي نصف
ثلث آخر لإقرارهما بإتلاف كل الثلث عليه. وإن ترك عبدين قيمة كل واحد ألف
وثلث ماله ألف فشهد كل فريق لرجل بعبد وصية وقضي لكل واحد بنصف عبده ورجعا
لا ضمان للوارث عليهم لأن كل فريق يقول لولا شهادتي لفات كل الثلث بالآخر فلا يتعين
واحد للإتلاف. وضمن كل فريق للموصى له الآخر نصف قيمة عبده لأنه لولا شهادته لسلم كل
العبد له. وإن خرجا من ثلثه ضمن كل واحد فريق للوارث قيمة العبد الذي شهد به للإتلاف
بغير عوض من كل واحد. وإن كان ثلث ماله ألفًا وخمسمائة قضي لكل واحد بثلثة أرباع
عبده لأن الوصية إنما تنفذ من الثلث فوجب قسمة الثلث بينهما نصفين فيصيب كل واحد

سبعمائة وخمسون وذلك ثلاثة أرباع عبده. وإن رجعا ضمن كل فريق خمسمائة للورثة لأنه أتلف
عليه ثلاثة أرباع العبد ولكن مائتان وخمسون بعوض لأنه يقول لولا شهادتنا لكان كل العبد
للآخر مستحقًا. فإنما عاد إليهم بعضه بشهادتنا فصار عوضًا فبقي مقدار خمسمائة متلفًا بغير عوض
فيضمن ذلك. وضمن كل فريق للموصى له الآخر مائتين وخمسين قيمة ربع العبد لأنهما بقدر
ما عاد إلى الوارث أتلفاه على الآخر. ولو كان ثلثه ألفين وقيمة أحدهما ألفان وقيمة الآخر ألف
قضي لكل واحد بثلثي عبده. فإن رجعوا ضمن فريق الألفين ألفًا للورثة لأن الثلث وهو ألفان
فات بشهادة الفريقين أثلاثًا فريق الأول يفوت على الوارث ألفًا وثلث الألف لأنه أتلف ثلث
من العبد به الأخرى إذ لولا شهادته لاستحق الآخر كل عبده والآن استحق ثلثه فيسقط عنه بقدر
ما أخلف. وضمن ثلث الألف للموصى له الآخر لأنه بقدر ما أخلف الوارث من عبده متلفًا عليه وضمن
فريق الألف ثلثي الألف للموصى له بالعبد الأرفع وهو ثلث عبده إذ لولا شهادتهما لسلم له جميع العبد
الذي قيمته ألفان. فإنما تلف ثلثه عليه بشهادتهما فيضمنان ذلك ولا شيء للورثة عليهما لأنهما فوتا
ثلثي الألف من العبد المشهود به وحصلا مثله من العبد الآخر. ولو كان كل واحد يساوي ألفًا
وثلث ماله ألف وشهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد لهذا وشهد آخران أنه رجع عن تلك
الوصية وأوصى بهذا العبد الآخر لهذا وقضي له ثم رجعوا ضمن الفريق الثاني للموصى له الأول
قيمة عبده لإتلافهما عليه بالشهادة بالرجوع. ولا شيء للورثة على الأول لأن عين ما شهدا
به وصل إليه. ولا على الثاني لأنهما أدخلا الأول في ملكه. ولو خرجا من ثلثه وثلثه ألفان
ضمن شهود الثاني للأول قيمة عبده لأنه لولا شهادتهما بالرجوع لسلم له وللورثة قيمة الثاني
لأن ما حصل بالرجوع بالشهادة لا يصلح بدلًا لحصوله بجهة أخرى. ولو كان ثلثه ألفًا وخمسمائة
ضمن شهود الثاني للأول قيمة عبده لأنهم أتلفوا عليه بالشهادة بالرجوع وللورثة نصف قيمة الثاني
لأنهم أتلفوا الكل وأخلفوا النصف. وفي مسائل الدعوى إذا تداولت الأيدي بإقامة الحجج
والاستحقاق. فرجعوا غرم كل شاهدين لمن شهدا عليه قيمة ما أخرجاه من يده إذ لولا شهادتهما
لسلم له. بيانه رجل في يده عبد فشهد شاهدان أنه لرجل آخر وقضي به له ثم شهد آخران على
المقضي له بالعبد لرجل آخر أنه له وقضي له ثم شهد آخران على المقضي له الثاني أن العبد لهذا الثالث
وقضي للثالث ثم رجعوا ضمن كل فريق للمشهود عليه جميع قيمة العبد لأن كل فريق أتلف
على المشهود عليه ملكه في العبد. وقيل أقروا بالرجوع أنهم أتلفوه بغير حق فيضمنون له.
عبد في يد رجل ادعى رجل أنه وهب له وسلمه إليه وبرهن عليه وادعى آخر مثله عليه وشهد
آخران بذلك ولم يدر التاريخ قضي بينهما نصفين لاستوائهما في الحجة. فإن رجع الفريقان
ضمن كل فريق للواهب نصف قيمته ولا يضمن للموهوب له شيئًا لأن كل فريق أتلف
بشهادته نصف العبد بشهادتهما على الواهب. أوصى بعتق عبد هو ماله فشهد وارثاه بدين
على الميت قبلت لأن العبد يباع كله بالدين وتبطل الوصية ولا يعود شيء منه إليهما فلا تهمة
وإن قل الدين لا تقبل لأنه إذا بيع شيء منه بطلت الوصية لأن بيع بعض العبد مع تبعيضه

الألف

الوصية غير ممكن لأن هذه الوصية تمنع البيع فإذا كان في ذلك نقض الوصية
كلما عاد إليها شيء منه فصاروا متهمين في شهادتهما فلم تقبل وإن أوصى به لرجل قبلت
الشهادة على الدين مطلقا قل الدين أو كثر لخلوها عن التهمة لأنه لو لم يثبت لكان تنفيذ
الوصية في ثلث العبد وسلم لهما ثلثاه ولو ثبت بيع العبد للدين وتنفيذ الوصية في الباقي
بعد قضاء الدين وكان فيها مضرة عليهما لا نفع فيقبل رجع أحد فرعي أصلين وأحد فرعي
أصل ضمن للأول الربع وللثاني الثمن لأن الفرعين الأولين أثبتا كل المال والآخرين أثبتا نصفه
شائع في الكل فانفرد الأولان بإثبات النصف واشترك الكل في إثبات النصف فصار النصف
المشترك على أربعة وصار النصف الآخر على أربعة أيضا وصار الكل ثمانية وثبت بالآخرين
سهمان بالمزاحمة فلما ثبت أحد الأولين بقي بيده أربعة وبقي بأحد الآخرين سهم وصار الغائب
ثلثة فانصابهما على التفاوت للأول لأن أوجبا ضعف ما أوجب الآخران فصار الغرم عليهما
أثلاثا ولو رجع واحد من الفريق الأول لم يضمن شيئا لأن نصف المال باق ببقاء أحد
الأولين والربع ببقاء الآخرين فإن رجع الفريق الآخر معه ضمنوا النصف لأن الباقي من الأولين
يبقى بنصف الحق ألا ترى أنه لو بقي صاحبه معه بقي الكل ولو رجع أحد فرعي أصلين
ضمنا ثمنين ونصف ثمن بينهما كذا ذكر في الجامع الكبير وذكر في كتاب الرجوع عن الشهادات
أنهما يضمنان النصف فقيل الأول قول محمد رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله له أنه بقي من
يبقى به نصف الحق لأن الحق ثبت بالأربعة وقد بقي الاثنان منهم فكان التالف هو النصف
ولمحمد رحمه الله يقول أحد الباقيين يبقى بنصف الحق لأن صاحبه لو لم يرجع لبقي كل
الحق وأما الآخر فقد بقي ببقائه بعض الحق وهو دون النصف لأنه لو بقي به النصف لكان
الثابت كل الحق وحينئذ لا يجب على الراجعين شيء وليس كذلك فنقول ذلك البعض ثمن
ونصف ثمن لأن هذا الباقي إما أن يكون كأحد من الأربعة الأصول فيبقى به ربع الحق
أو كأحد اللذين شهدا على شهادة أصل واحد فيبقى به ثمن الحق ثم هو أقوى من أحد اللذين
شهدا على شهادة واحد لأن القاضي لا يقضي بذلك وههنا لو لم يرجع صاحبه يقضى به وهو
أضعف من أحد اللذين شهدا بشهادة نفسه لأن هذا ضروري وذا لا فإذا يبقى به ربع
الحق في حال وثمنه في حال فجعل كأنه بقي ثمن ونصف لأن الثمن متيقن والشك في الثمن
الآخر فيتنصف ويضم النصف إلى النصف الذي يبقى ببقاء الآخر فيكون خمسة أثمان ونصفا
وكان التالف ثمنين ونصف ثمن فيجب على الراجعين بالسوية لأنه ليس لأحدهما أولوية على الآخر
فيجب على كل واحد منهما ثمن وربع ثمن قال ابن سماعة رحمه الله كتب علينا محمد
ابن الحسن رحمه الله هذه المسألة وقال لنا أفهمتم قلنا نعم فلما قمنا من بين يديه لم نصححها
إلى عتبة الباب ولو رجع فرعا أصلين وفرعا أربعة ضمنوا أثلاثا وعند محمد رحمه الله
ضمنوا أنصافا لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من وجه فهم الذين شهدوا مجلس القضاء
وأثبتوا هذا الحق وبشهادة الأصول من وجه فلهم الشهادة على المال لا للفروع فمحمد

رحمه

رحمه الله نظر إلى الفروع وهم سواء فقال بالتنصيف وأبو يوسف رحمهما الله
نظر إلى الأصول فجعل الضمان أثلاثا ثلثه على فرعي أصلين وثلثيه على فرعي أربعة شهد
أربعة بأن بعتقا بيوم ذهب على رجل وقضى بها فرجع واحد منهم عن مائة وآخر عن مائتين وآخر
عن ثلثمائة ضمنوا خمسين أثلاثا لأنه بقي على ثلثمائة شاهد إن الذي لم يرجع والذي رجع عن مائة
ونصف المائة ببقاء الباقي فكان التالف خمسين شهد الفروع بعتق عبد ولم يحكم به حتى
كذبهم الأصول بطلت شهادتهم لأنهم إن صدقوا في التكذيب بطلت وإن كذبوا الفروع
التحمل منهم لأنهم فسقة فإن ملكه الأصول والفروع لم يعتق أما الأصول فلأنهم أنكروا
الإشهاد وأما الفروع فلأنهم ما أقروا بعتقه وإنما حكوا أخبار الغير ولو ملكه أحد الأصلين
وأحد الفرعين معا عتق لأن شاهد الفرع أقر أنه عتق على شاهد الأصل حين ملك فصار
كأحد الشريكين إذا شهد على صاحبه بالإعتاق فعند أبي حنيفة رحمه الله يسعى في كل قيمته
كما في تلك المسألة وعندهما إن كان الأصل معسرا سعى للفرع وإن كان موسرا
لا وإن ملكه أصل ثم منه فرع عتق لأنه أقر بالعتق على بائعه والمشتري إذا أقر بالعتق
على بائعه ينفذ إقراره عليه وبالعكس لا يعتق لأنه لم يقر أحدهما بعتقه شهدا بقتل عبد
رجل خطأ وآخران بإعتاقه فقضى بهما معا أو بالإعتاق أو بالقتل أولا فرجعوا ضمن شهود القتل
ألفا قيمته وشهود العتق عشرة آلاف ألف منها قيمته وتسعة آلاف تمام الدية لأن الشاهد عند
الرجوع إنما يضمن ما وقع القضاء بشهادته والقضاء بشهادة شهود القتل وقع بقدر الألف
لأن موجب جناية العبد أن تصير رقبته جزاء والمولى يتخلص عنه بدفع رقبته فشهود القتل
شهدوا بمقدار الرقبة والزائد على قيمة العبد وجب باختياره الفداء فلا يكون ضمانه على شهود
القتل بل على شهود الإعتاق لأنه يقع به اختياره الفداء فعند الرجوع يلزمهم تسعة آلاف على
تمام الدية والألف قيمة العبد لأنهم استهلكوا عبده بالإعتاق فإن شهدا بعتقه أولا وقضى به
ثم شهد آخران أنه قتله قبل العتق والمولى يعلم ثم رجعوا ضمن شهود العتق قيمته وشهود الجناية
عشرة آلاف أما شهود العتق فلأن القاضي قضى بشهادتهما بالإعتاق لا بالاختيار وكيف
يقضي بالاختيار والجناية لم تكن ظاهرة عند القاضي في ذلك الوقت فيضمنان قيمة العبد
لا غير وأما شهود القتل فلأنهم أتلفوا على المولى الدية لأن القاضي إنما قضى بالدية بشهادتهم لأنهم
شهدوا بجناية معلومة للمولى عند إعتاقه إياه فكانوا شاهدين باختيار المولى الفداء بخلاف
ما تقدم شهدا عليه بنكاحها بألفين أو شراء عبد بألفين ومهر المثل أو قيمته ألف وشهد
آخران بقبض العبد أو وطي المرأة والطلاق بعده وقضى معا أو بالعقد أولا فرجعوا فالمقضي
عليه إن شاء ضمن شاهدي العقد ألفا لأنهم أوجبوا الفين ألفا بعوض وألفا بغير عوض
فيضمنان ما كان بغير عوض ثم يرجع على شاهدي الوطي والقبض ألفين ورد على الأولين
ما أخذ منهما وإن شاء ضمن شاهدي الوطي والقبض الفين لأنهم أكدوا كل المهر والثمن ومنعوه
من السقوط وإن قضى بالوطي أولا ثم بالعقد ضمن كل فريق ألفا لأن وجوب الزيادة بالتسمية

والتسمية تثبت بشهود العقد. فإن كانت المرأة مرتدة أو مات المبيع وقت الخصومة
فلا شيء على شهود العقد لأنهما شهدا على عقد متيقن إلا أن بينا أخر الحكم بشهادة شهود
العقد فيغرمون الزيادة. شهدا في شوال بعتق عبد في رمضان فزاد وقضى فرجعا
ضمنا قيمته وقت القضاء لأن الشهادة إنما تعتبر عاملة عند القضاء فتعتبر القيمة حينئذ

كتاب الوكالة

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى
بمعنى الحافظ. ولهذا قلنا إذا قال وكلتك بمالي أنه يملك الحفظ فقط. وقيل التركيب
دال على معنى التفويض والاعتماد. ومنه التوكل يقال على الله توكلنا. أي فوضنا أمورنا
وسلمنا. فالتوكيل تفويض التصرف إلى الغير. وسمي الوكيل به لأن الموكل وكل إليه
القيام بأمره أي فوضه إليه واعتمد فيه عليه. والوكيل القائم بما فوض إليه. فعيل بمعنى
فاعل أو مفعول لأنه موكول إليه الأمر. والوكالة بالكسر والفتح لغة وهي مشروعة
بالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة. أخبر الله تعالى عن
أصحاب الكهف أنهم وكلوا واحدا منهم بشراء الطعام. وما قص الله تعالى عن الأمم الماضية
بلا إنكار يكون شريعة لنا ما لم يظهر ناسخه. والسنة فقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم
حكيم ابن حزام بشراء الأضحية وبه وكل عروة البارقي وإجماع الأمة والمعقول فقد النادّي
يعجز الإنسان عن حفظ ماله عند خروجه إلى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله لقلة هدايته
أو لكثرة أشغاله أو لكثرة ماله فيحتاج إلى تفويض التصرف إلى الغير بطريق الوكالة.
صح توكيل مالك التصرف من يعقل العقد وإن كان صبيا عاقلا أو عبدا محجورا بكل
ما يعقده بنفسه. اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لأن الوكيل
يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله. ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه
غيره. وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى فأما على قول أبي حنيفة رحمه الله
فالشرط أن يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فأما أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط
حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد.
وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظرا إلى أصل التصرف فإن امتنع بعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم
في الأصل وإنما امتنع بعارض النهي ويلزمه الأحكام لأن المطلوب من الأسباب أحكامها فإذا كان
ممن لا تثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المجنون والعبد المجنون. ومن شرطها أن يكون
الوكيل ممن يعقل العقد أي يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه ويقصده
أي ويقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم. وهذا لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد
من أن يكون من أهل العبارة وأهلية العبارة تكون بالعقل لأن المراد بالكلام ما يكون له صورة
ومعنى فكل بحيث يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالعقل
والتمييز فلو وكل الحر البالغ والمأذون مثلهما جاز لأن الموكل يملك التصرف والوكيل من أهل
العبارة ولو وكل صبيا لا يعقل أو مجنونا باطلا لأنهما ليسا من أهل العبارة ولو وكل صبيا محجورا

يعقل البيع والشراء أو عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما. لأن
الصبي العاقل له عبارة معتبرة شرعا حتى ينعقد تصرفه بإذن الولي ملك نفسه. وكذا
ينعقد تصرفه في ملك الغير بتوكيل المالك إياه بذلك. وهذا لأن اعتبار عبارته يتمحض
نفعا له بالبيان بأن الإنسان من الحيوان وتحصل له التجربة في التصرفات ويبتني على مضار
الغبن وكذا العبد أهل للتصرف في ماله له. ولهذا صح طلاقه وإقراره بالحدود. وإنما
لا يملكه في حق المولى دفعا للضرر عنه. والتوكيل ليس بتصرف في حقه. ثم العهدة لا تلزم
الوكيل لأن في التزام العهدة عليه إضرارا بالصبي والصبي يبعد عن المضار والسيد فيلزم
الموكل لأنه لما تعذر إلزام العهدة عليهما تتعلق بأقرب الناس إليه وهو من ينتفع بهذا التصرف
وهو الموكل لكن العهدة تلزم العبد المحجور بعد العتق لأن المانع حق المولى وقد زال بالعتق
بخلاف الصبي لأن المانع حقه وحقه لا يزول بالبلوغ. وعن أبي يوسف رحمه الله أن
المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه عبد محجور أو صبي محجور له خيار الفسخ لأنه
إنما باشر هذا العقد على ظن أن حقوقه تتعلق بالعاقد فإذا ظهر خلافه تخير كما
لو اطلع على عيب بالمبيع. فإن كانا مأذونين في التجارة لزمهما الثمن ونرجعا به على الآمر
استحسانا. لأنهما يملكان التزام الثمن في ذمتهما بتصرفهما لأنفسهما فكذا للغير بحكم
الوكالة فلهذا تلزمهما العهدة. وما جاز أن يعقده بنفسه منتسبا إليه جاز أن يوكل به
غيره كالبيع والشراء والإجارة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والإعارة والاستعارة
والهبة والصدقة والإيداع وتقاضي الديون والرهن والارتهان والإقراض والخصومة
في سائر الحقوق. فقد قال عبد الله ابن جعفر رضي الله عنه كان علي رضي الله عنه
لا يحضر خصومة أبدا وكان يقول إن الشيطان يحضرها. وكان إذا خوصم في شيء من
أمواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وأسن وكل عبد الله ابن جعفر رضي الله عنهما
ثم قال هو وكيلي فما قضي عليه فهو علي وما قضي له فهو لي. وقال فخاصمني طلحة
في ضفير أحدثه طلحة على بين أرض طلحة وأرضه. ولأنه يملك مباشرة الخصومة بنفسه
فيملك تفويضها إلى غيره ليقوم فيها مقامه وقد يحتاج إلى ذلك لقلة هدايته أو لصيانة نفسه
عن التردد في الخصام عند القضاة والحكام وعليه إجماع أهل الإسلام. ثم الشرط أن
يكون التوكيل برضى الخصم. فلا يصح التوكيل عند أبي حنيفة رحمه الله إلا برضى الخصم
إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا. وقالا يصح التوكيل
بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله. ثم قيل الخلاف في الصحة والصحيح أن الخلاف
في اللزوم والجواب بخصومة الوكيل لهما أن التوكيل حصل بما هو خالص حق الموكل فيصح
متن بلا رضى الخصم كالتوكيل بالقبض والإيفاء والتقاضي. وهذا لأنه وكله بالجواب أو بالخصومة
وكلاهما حق الموكل. وله أنه قصد بهذا التوكيل الإضرار بخصمه بما هو مستحق
عليه فلا يملكه إلا برضاه كالحوالة بالدين. وهذا لأن الحضور للجواب مستحق عليه بدليل

ان القاضي يقطعه عن اشغاله ويخضر ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في الجواب
فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من انكار. والظاهر ان الموكل انما يطلب بالتوكيل
ان يشتغل الوكيل بالحيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم. نعم
هو توكيل بما هو خالص حقه ولكن لما كان يتصل به بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملكه
بلا رضاه كاحد شريكي العبد اذا كاتبه كان للاخر ان يفسخ. وان حصل تصرف
المكاتب في ملكه لان ضرره يتصل بالشريك بخلاف التوكيل بالقبض والايفاء فان
الحق معلوم بصفته فلا يتصل بهذا التوكيل ضرر بالاخر. وكذا التقاضي له حد معلوم
يمنع الوكيل عن مجاوزة ذلك الحد فلا يتضرر به الخصم فاما الخصومة فليس لها حد
معلوم يعرف ذلك اذا جاوزه منع منه وبعضهم الحن بحجته فجعلنا لزوم الاثبات فلهذا
شرط رضى الخصم. بخلاف حالة المرض والجواب غير مستحق على المريض والمسافر.
وليس للخصم حق المطالبة باحضار الموكل لعجزهما فلا يكون في التوكيل اسقاط
حق مستحق عليه. والمريض اذا لم يمكنه الخصومة بنفسه ويمكنه بركوب الدابة
والحمل على ايدي الناس يلزم منه التوكيل بلا رضى الخصم وان كان لا يزيد
الركوب مرضا في الاصح. واذا قال انا اريد السفر يلزم منه التوكيل بلا رضى خصمه
طالبا كان الموكل او مطلوبا لانه لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه
ولو كانت المراة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قيل يلزم التوكيل
والحقوها بالمريضة لعجزها عن الاداء لحجتها لمكان الحياء. وهذا شيء استحسنه المتاخرون
والمتاخرون اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه
من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه
في التوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضى صاحبه. وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
رحمه الله. وبايفائها واستيفائها الا في الحدود والقود وان غاب الموكل. اعلم ان التوكيل
بايفاء الحقوق. اي باداءها واستيفائها اي بقبضها جائز الا في الحدود والقصاص. فان الوكالة
لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا تستوفي بما يقوم
مقام الغير لما فيه من نوع شبهة. وقال الشافعي رحمه الله يستوفي القصاص في حال
غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفى بنفسه والوكيل لا يشعر به بل هو
الظاهر اذ العفو مندوب اليه كما قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له. ولهذا
اذا كان الموكل حاضرا يجوز للوكيل ان يستوفي لانه لا يتمكن فيه شبهة العفو
وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة هدايته في الاستيفاء. او لان قلبه لا يحتمل ذلك
بخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود لان رجوعهم نادر. ويجوز التوكيل باثبات
حد السرقة والقذف والقصاص باقامة الشهود. واذا ثبت فللموكل استيفاؤه. وقال
ابو يوسف رحمه الله لا يصح التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود

ايضا

ايضا. وقول محمد رحمه الله مضطرب. والاظهر انه مع ابي حنيفة رحمه الله. وقيل
هذا الخلاف في حال غيبة الموكل فاما عند حضرته فهو جائز اجماعا. لان كل كلام
يوجد من الوكيل عند حضرة الموكل ينتقل اجماعا الى الموكل اذا لم يكن فيه غلط
على الوكيل كما مر في النكاح. لابي يوسف رحمه الله ان الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل
ولا مدخل للابدال في هذا الباب. ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة وبكتاب القاضي
الى القاضي وبشهادة النساء مع الرجال وبالاشارة من الاخرس التي هي بدل عن العبارة
ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء. فاذا لم يصح التوكيل بالاستيفاء فلا يصح
التوكيل بالاثبات ايضا. ولهما ان التوكيل تناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف
اليه الحد وهي الخصومة فيصح التوكيل فيه. وهذا لان وجوب الحد في جانب من عليه
الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة رحمه الله فيه ابين لان التوكيل وقع هنا
لدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص
بالشهادة على الشهادة غير ان اقرار الوكيل لا يقبل عليه. لان فيه شبهة عدم الامر به. والتوكيل
باثبات حد الزنا وحد شرب الخمر لا يصح اتفاقا. لانه لا حق لاحد فيه. وانما تقام البينة
على وجه الحسبة. فاذا كان اجنبيا عنه لا يصح توكيله اياه. والحقوق في كل عقد
بصيغة الوكيل الى نفسه كالبيع والشراء والاجارة والصلح الجاري مجرى البيع يتعلق بالوكيل
ان لم يكن محجورا كما مر. لا بالموكل كالتسليم والتسلم والرجوع عند الاستحقاق والخصومة
في العيب. وقال الشافعي رحمه الله يتعلق بالموكل لان الحقوق لا تثبت اصلا بل تبعا
للحكم الحاصل به. والوكيل ليس باصل في حق الحكم فلا يكون اصلا في الحقوق التي هي من توابع
الحكم وصار كالوكيل والرسول بالنكاح واخواته. ولنا ان الوكيل اصل في العقد لان العقد
يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه ادميا عاقلا. فقضيته تستدعي ان يكون
الحاصل بالتصرف واقعا له. غير ان الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في
حق الحكم ولهذا يستغنى عن اضافة العقد الى الموكل. ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى
عن ذلك كالرسول. واذا كان اصيلا في الحقوق فيسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب
بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب لو كان مشتريا ويخاصم لو بائعا لان
الكل من الحقوق. ثم قيل الملك في باب الشراء يثبت للوكيل ثم ينتقل منه الى الموكل
والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه. اي بدلا عنه اعتبارا للتوكيل
السابق كالعبد يتهب ويصطاد فان المولى يخلف عن العبد في حق الملك. ولهذا لو كان
المشترى منكوحة الوكيل او قريبه لا يفسد النكاح ولا تعتق عليه. والحقوق في كل
عقد يضيفه الوكيل الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال
والكتابة والصلح عن انكار يتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر
ولا يلزم وكيل المراة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض حتى لا يستغني عن اضافته

العقد إلى الموكل ولو أضافه إلى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول وهذا لأن الحكم
هنا لا يقبل الفصل عن السبب لأنه من قبيل الإسقاطات أما في النكاح فظاهر وكذا
النكاح لأنه إسقاط مالكيتها بعقد النكاح ولأن الأصل في الأبضاع الحرمة فكان
النكاح إسقاطا للحرمة نظرا إلى الأصل وإنما يثبت الملك له عليها ضرورة ليتمكن من الوطي
ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير فيما وراء ذلك إسقاط جريا على الأصل
إذ الحرية تنافي الملك والساقط يتلاشى فلا يتصور أن يكون السبب صادرا من شخص على
سبيل الأصالة والحكم واقعا لغيره فجعلناه سفيرا بخلاف البيع فإن حكمه يقبل الفصل
عن السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم
لغيره خلافة ولو وكل وكيلا بأن يهب عبده لفلان أو يتصدق عليه أو يعيره
إياه أو يودعه أو يرهنه أو يقرضه فهو سفير أيضا لأن أحكام هذه العقود إنما تثبت
بالقبض فلا يجوز أن يكون الوكيل أصيلا فيه لأنه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض
فكان سفيرا ومعبرا عن المالك بخلاف البيع لأنه يتعلق بالعبارة وهي له وكذا إذا كانت
الوكالة من الملتمس لهذه التصرفات كما لو وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب
فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل وكذا الوكالة بالشركة والمضاربة فأما التوكيل
بالاستقراض فلا يصح ولا يثبت الملك فيما إذا استقرض للموكل إلا إذا بلغ على سبيل الرسالة
فيقول أرسلني فلان إليك ويستقرض كذا فحينئذ يثبت الملك للمستقرض وهذا
لأن المستقرض يلتزم بدل القرض في ذمته ولو قال بع شيئا من مالك على أن يكون
ثمنه لي لا يصح فكذا إذا قال التزم العشرة في ذمتك على أن تكون عوضه لي فكان التوكيل
بالاستقراض قياس التوكيل بالتكدي فكان باطلا وما استقرض الوكيل له أن يمنعه
من الآمر ولو هلك هلك من ماله والموكل إذا طالب المشتري له أن يمنعه إياه لأن حق
القبض إلى الوكيل إذ الحقوق ترجع إلى العاقد والموكل كالأجنبي عن حقوق العقد
فإن دفع الموكل إلى المشتري صح ولم يكن للوكيل أن يطالب المشتري به ثانيا إذ الثمن
المقبوض حق الموكل لأنه بدل ملكه والحق قد وصل إلى مستحقه ولو طالب الوكيل المشتري
لكان للمشتري ولاية المطالبة والاسترداد من الموكل ثم إذا استرد يدفع إلى الوكيل ثم الوكيل
يدفع إلى الموكل ولهذا لو كان للموكل على المشتري دين تقع المقاصة بالثمن ولو كان
للمشتري عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان الدين على الوكيل
وحده يصير قصاصا بدينه أيضا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما أنه يملك الإبراء عنه
عندهما ولكن يضمنه للموكل في فصلي المقاصة والإبراء ولا يجوز الإبراء عن الثمن
في قول أبي يوسف رحمه الله لأنه تصرف في ملك الغير إذ الثمن ملك الموكل ولهما أن الإبراء
لحق القبض والقبض خالص حق التوكيل حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك والله سبحانه أعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء

الأصل أن الجهالة

أنواع فاحشة وفي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة
الوكالة وإن بين الثمن لأن الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع
كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فإنه لا يمنع
صحة الوكالة وإن لم يبين الثمن وقال بشر بن غياث رحمه الله لا تصح الوكالة
لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع فلا يصح إلا ببيان وصف المعقود عليه
ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام رضي الله عنه بشراء شاة للأضحية
ومبنى الوكالة على التوسع لكونه استعانة فتحملت فيها الجهالة اليسيرة استحسانا إذ في
اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فيسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين
النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد أو أمة أو دار فإن بين الثمن أو النوع يصح ويجعل
ملحقا بجهالة النوع وإن لم يبين الثمن أو النوع لا يصح ويلتحق بجهالة الجنس لأنه يمنع
الامتثال إذا ثبت هذا فنقول صح التوكيل بشراء ثوب هروي أو مروي أو فرس
أو حمار أو بغل وإن لم يسم الثمن لأن هذه جهالة النوع فكانت يسيرة ويمكن دفعها
بالنظر إلى حال الموكل ثم إذا اشترى بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه نفذ على الموكل
لتعذر الاحتراز عن الغبن اليسير وإن اشتراه بغبن فاحش نفذ على الوكيل وصح التوكيل
بشراء عبد أو دار إن سمى ثمنا لأنه قلت الجهالة إذ يمكن دفعها بحال الموكل وإن لم
يبين الثمن لا يصح لأنه يشمل أنواعا أما في الدار فظاهر وكذا العبد لأنها تختلف
باختلاف الجيران والبلدان والمرافق والمحال اختلافا فاحشا فإن بين كالتركي والحبشي
والهندي والسندي أو المولد أو بين نوع الدار والمحلة صح وإن لم يبين صفة الجودة
والرداءة والسطة لأنها جهالة مستدركة ولو قال اشتر لي بألف ثيابا أو دوابا
أو أشياء أو ما شئت أو ما رأيت أي أدنى شيء من حضرك أو ما يوجد أو ما يتفق صح لأن
التعميم دلالة التفويض إلى رأيه وكذا لو قال اشتر لي بألف وبع أو اجعل الألف
من مالك بضاعة لأنه تفويض وكذا لفظ البضاعة يدل على التعميم ويصير مستقرضا
منه الألف ويصير البائع قابضا للأموال بحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا لو قال
اشتر لي به ولم يرد عليه فإنه يصح استحسانا لأنه تفويض عام فكأنه قال اشتر ما بدا لك
أو قال سلطتك على الشراء به وكذا لو قال أذنت لك أن تشتري به لما بينا
ولو وكله بشراء ثوب أو دابة أو رقيق لا يصح وإن بين الثمن لأن الجهالة فاحشة
والثوب يتناول أجناسا شتى من الأطلس إلى الكساء والدابة في اللغة اسم لما يدب على وجه
الأرض وفي العرف يقع على الفرس والحمار والبغل والرقيق ينتظم الذكور والإناث والذكر
والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان وجهالة الجنس مانعة عن الائتمار والامتثال وبتسمية
الثمن لا تزول الجهالة إذ يوجد بما سمي واحد من كل جنس ولا يعرف مراد الآمر والأمر
بما لا يقدر المأمور على الامتثال به باطل وكذا لو قال اشتر لي بهذا أشياء أو أثوابا

او ثلاثة اثواب او ما اريد او ما احتاج اليه او بضاعة في جوابي لا يصح للجهالة وفرقوا
بين ثيابا واثوابا قالوا الاول للجنس والثاني لا كان الفرق نشاء عن عرفهم ومن دفع
الى آخر دراهم ووكله ان يشتري له بها طعاما فانه يقع على البر ودقيقه والقياس ان يتناول
كل مطعوم لاطلاق الاسم كما لو حلف لا ياكل طعاما اذ هو اسم لما يطعم وجه الاستحسان
ان الطعام متى ذكر مقرونا بالبيع والشراء فانما يراد به البر ودقيقه ولهذا لو حلف
لا يشتري طعاما لا يحنث الا بشراء البر او دقيقه وهو العرف في الاكل فيبقى على حقيقته
وقيل ان كثرت الدراهم فعلى البر وان قلت فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى
الدقيق واذا لم يدفع اليه شيئا وقال اشتر لي حنطة لم يجز على الآمر لانه لم يبين له
المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل
لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له وان اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله
رده بالعيب بلا ابراء الآمر ما دام المبيع في يده لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهي
اليه فان سلمه الى الآمر لا يرده الا باذنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم اليه ولانه لا يتمكن
من رده الا بابطال يد حقيقية فيه للآمر ولا سبيل الى ابطال يده الا برضاه ولهذا كان الوكيل
خصما لمن يدعي في المبيع كالشفيع ونحوه قبل التسليم لا بعد التسليم اليه ويصح التوكيل
بعقد الصرف والسلم لانه يملك مباشرته بنفسه فيملك تفويضه الى غيره لما مر والمراد منها
التوكيل بالاسلام في شيء دون قبول السلم فان ذا لا يجوز لان هذا التوكيل ببيع
طعام في ذمته نفسه على ان يكون ثمنه لغيره وهذا لا يجوز وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف
والسلم دون الموكل لان المستحق قبض العاقد والعاقد هو الوكيل وان كان لا يتعلق به الحقوق
كالصبي والعبد المحجور لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم تتوجه عليه المطالبة فهي حكم
صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حكم حقوق العقد حتى لو فارق الوكيل صاحبه قبل
القبض بطل العقد لانه فراق لا عن قبض وان فارق الموكل لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف
الرسولين في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول
ينتقل الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يصح واذا دفع الوكيل
بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لان المبادلة الحكمية
حصلت بين الوكيل والموكل وصار الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه
حتى لو اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المبيع للموكل
من جهة الوكيل فيرجع عليه بالثمن ولان الحقوق لما كانت ترجع الى الوكيل وقد علمه
الموكل فصار راضيا بدفعه من ماله وكانه امره به فيرجع به عليه وله حبس
المبيع حتى يستوفي الثمن سواء نقد الوكيل او لم ينقد وعند زفر رحمه الله ليس له
حق المنع لان يده كيد الموكل حكما ولو سلمه اليه له حق الحبس بالثمن كذا هنا ولنا
ان الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري فكان له حق الحبس كالبايع ولا يسقط

هذا الحق

هذا الحق بمجرد الوقوع في يده لانه لا يمكن التحرز عنه فلو هلك في يده بعد حبسه
ضمن ضمان المبيع عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي يكون مضمونا بالثمن قلت قيمته
او كثرت لانه مع الموكل كالبايع مع المشتري فيسقط كل الثمن بهلاكه وضمان
الغصب عند زفر رحمه الله لانه صار غاصبا بحبس ما ليس له حبسه وضمان الرهن عند
ابي يوسف رحمه الله حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط والا يرجع بالفضل على الموكل
لانه مضمون بالحبس للاستيفاء كالرهن بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاك المبيع ولا
ينفسخ اصل العقد هنا بل يبقى بين الوكيل وبايعه فلا نظير البيع قلنا ينفسخ البيع
فيما بين الوكيل والموكل كما لو رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به وان هلك المبيع
في يده قبل حبسه تقرر الثمن على الموكل لان الوكيل في القبض عامل للآمر فيصير الآمر
بقبض الوكيل قابضا حكما ما لم يمنع منه فاذا هلك هلك من مال الآمر وللوكيل ان
يرجع عليه بالثمن بخلاف ما اذا امتنعه منه لانه صار مستردا ولانه بالمنع تبين انه كان
في القبض عاملا لنفسه لا للآمر ولو وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال لزم الموكل منه عشرة بنصف
درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرون وقول محمد مع ابي حنيفة
رحمه الله في بعض النسخ لابي يوسف رحمه الله انه خالفه الى خير فصار كما لو وكله ببيع
عبده بالف فباعه بالفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث
يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر اذ الامر يتناول السمين وقد اشترى
المهزول ولهما ان المقصود هو المبيع لا الثمن وقد وكله بشراء عشرة ارطال ولم يامره
بشراء الزيادة فلم ينفذ عليه الزيادة بل ينفذ على الوكيل بخلاف تلك المسئلة لانه وافقه
فيما هو الاصل لانه وكله ببيع هذا العبد وقد باع هذا العبد فينفذ عليه والثمن تابع
فلا تضره المخالفة فيه ولو وكله بشراء شيء بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه ولو اشتراه
لنفسه فهو للآمر لانه بقبول الوكالة التزم ان ما يوجد من شرائه لهذا العين فهو للموكل
وهو اعتمد عليه فلو وقع لنفسه لافضى الى تغرير الآمر ولانه قصد عزل نفسه فيما
يوافق امر الآمر وعزله يكون بالخلاف لا بالوفاق فلا يعمل قصده فلو كان الثمن
مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا
بشرائه فاشترى الثاني وهو غايب ثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه
لانه خالف امر آمره فنفذ عليه ولو اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول
نفذ على الموكل الاول لانه انما رضي برأي وكيله بالشراء وقد حضر رايه فلم يكن
مخالفا ولو وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول
نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقده من ماله فهذه المسئلة على وجوه
ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل

فالدراهم وإن لم تتعين ولكن الظاهر أن المسلم لا يضيف شراء الشيء لنفسه إلى دراهم الغير لأنه مستنكر شرعا وعرفا. وإن أضافه إلى دراهم نفسه فهو لنفسه جريا على العادة
وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهي للآمر وإن نواها لنفسه فهي لنفسه
وإن تكاذبا في النية يحكم النقد إجماعا وإن توافقا على أنه لم تحضره نية فعند أبي يوسف
رحمه الله يحكم النقد كما إذا تكاذبا. وعند محمد رحمه الله هو للوكيل لأن الأصل
أن يكون الإنسان عاملا لنفسه. والتوكيل بالإسلام في الطعام على هذه الوجوه.
فإن أمر رجلا بشراء عبد بألف فقال المأمور اشتريت لك عبدا وقال الآمر لنفسك
فالقول للآمر وإن دفع إليه الثمن فللمأمور. وهذه المسألة على ثمانية أوجه. لأنه إما أن
يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين. إما أن يكون
الثمن منقودا أو لا. وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل
بالشراء أو ميتا فإن كان مأمورا بشراء عبد بعينه فإن أخبر عن شرائه والعبد قائم حي
فالقول للمأمور إجماعا منفردا كان الثمن أو غير منقود لأنه أخبر عن أمر يملك استئنافه
والمخبر به في التحقق والثبوت يستغني عن الإشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك
وهي في العدة وكذبته فإن القول له ولهذا وقع التعيض عن الولي إذا أقر على وليته
بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند أبي حنيفة رحمه الله. وإن كان العبد ميتا حين أخبر
فقال هلك عندي بعد الشراء وأنكر الموكل فإن كان الثمن غير منقود فالقول للآمر
لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر. وإن كان الثمن
منقودا فالقول للمأمور مع يمينه لأن الثمن كان أمانة في يده وقد ادعى الخروج عن
عهدة الأمانة من الوجه الذي أمر به فكان القول له. وإن كان العبد بغير عينه فإن
كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر لا بل هو عندك فإن كان الثمن منقودا
فالقول للمأمور لأنه مخبر عما يملك استئنافه وإن لم يكن منقودا فالقول للآمر عند أبي
حنيفة رحمه الله. وعندهما القول للمأمور لأنه أخبر بما يملك استئنافه فصح كما في المعين
وله أن الوكالة لا تتناول موضع التهمة وهذا موضع التهمة فلا يقبل قوله. وهذا لأنه أمر بشراء
عبد بغير عينه والمأمور بشراء عبد بغير عينه كما يملك الشراء للآمر يملك الشراء لنفسه
فلعله اشتراه لنفسه فلما لم يعجبه أحال بالشراء على الموكل. وفي هذا إيجاب الثمن
على الموكل بإخباره المحتمل فلا يملك ذلك بخلاف ما إذا كان العبد معينا لأنه لا يملك على
الموكل الشراء لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته بخلاف حال حضرته. وبخلاف
ما لو كان الثمن منقودا. لأنا إنما صدقناه باعتبار الثمن لأنه يدعي الخروج عن الأمانة
فيتبعه حكم المبيع ولا ثمن في يده هنا. وإن كان العبد ميتا فهي مسألة الكتاب
فإن لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر لأنه أخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع
بالثمن والآمر منكر فإن كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لأنه أمين ادعى الخروج
عن عهدة

عن عهدة الأمانة فيكون القول قوله. ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه
ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره فجاء فلان وقال أنا أمرته فإن فلانا يأخذه. لأن
قوله بعني لفلان إقرار منه بالوكالة فإذا أنكر الأمر بعده صار متناقضا والمناقض لا قول
له فيكون للموكل. وإن قال فلان لم آمره به لم يكن له أن يأخذه لأن إقرار المشتري
ارتد برده إلا أن يسلمه إليه فإن سلمه إليه وأخذه الذي اشتراه له صار بيعا للذي أخذه من
المشتري وتكون العهدة على المشتري لأن المشتري له لما جحد الأمر أولا مرة بطل إقرار
المقر ولزم الشراء للمشتري. وإذا سلمه وأخذه صار بيعا بالتعاطي كمن اشترى شيئا لغيره
بغير أمره حتى لزم المشتري فإن طلبه المشترى له فسلمه المشتري إليه كان بيعا بالتعاطي
وثبت بهذا أن بيع التعاطي كما يكون بأخذ وإعطاء ينعقد بالتسليم على جهة البيع
والتمليك. وإن كان أخذا بلا إعطاء الثمن لعادة الناس وأن النفيس والخسيس فيه سواء
لوجود التراضي وهو الأصل في الباب. ولأن العادة تجمع الكل. وإن وكله بشراء عبدين
عينين ولم يسم ثمنا فاشترى أحدهما صح لأن التوكيل مطلق فيجري على إطلاقه
وقد لا يتفق الجمع بينهما في الشراء فوجب أن ينفذ على الموكل إذا اشتري بقيمته
أو بنقصان يتغابن الناس فيه وهذا بلا خلاف. وإن وكله بأن يشتريهما بألف وقيمتهما
سواء فاشترى أحدهما بخمسمائة أو أقل صح لأن مطلق مقابلة الألف بالعبدين
وقيمتهما سواء دلالة على أنه ينقسم بينهما نصفين فصار كأنه أمره بشراء كل واحد
بخمسمائة. فإن اشتراه بخمسمائة فقد وافق. وإن اشتراه بأقل منها فقد خالف إلى خير
وإن اشتراه بأكثر منها فقد خالف إلى شر قلت الزيادة أو كثرت فلا يلزم الآمر
إلا أن يشتري الآخر ببقية الثمن قبل أن يختصما لأن غرضه تحصيل العبدين بالألف
وقد حصل. فإن قيل الخلاف قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون كله للموكل
قلنا العمل بالصريح أقوى من العمل بالدلالة والموكل صرح باكتساب العبدين
بألف. وإنما عملنا بالدلالة إذا لم يعارضها الصريح. فإذا جاء الصريح بطل العمل بها
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن اشترى أحدهما بأكثر من خمسمائة
مما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الألف ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز. ولأن
التوكيل حصل مطلقا بلا تقييد بالخمسمائة والمطلق يحمل على المتعارف وهو تحصيلها
بشرط أن لا يلحقه غبنا فاحشا وذا فيما قلنا. ولكن لا بد أن يبقى من الألف ما يشترى
بمثله الباقي ليحصل غرض الآمر. ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري هذا العبد
بدين له عليه فاشتراه صح. وإن أمره أن يشتري به عبدا بغير عينه فاشترى عبدا
فهو للمأمور حتى لو مات العبد عند المأمور مات من مال المأمور والألف عليه
فإن قبضه الآمر فهو له. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا هو لازم للآمر في
الوجهين. وكذا إذا قال أسلم ما لي عليك إلى فلان في كذا صح. وإذا قال إلى من

من الانواع

شيئت

فعلى الخلاف. وكذا إذا أمره أن يصرف ما عليه. وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف
إلى دين على الوكيل لا يصح عند أبي حنيفة إذا لم يكن البائع أو المبيع متعينا. وعندهما يصح
وإن لم يكن المبيع أو البائع متعينا لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات
عينا كانت أو دينا. ولهذا لو اشترى شيئا بدراهم على المشتري ثم تصادقا أن الدين
لم يكن لم يبطل الشراء ووجب مثل الدين. وإذا لم يتعين صار التقييد به والإطلاق
سواء. ولو وكله بأن يشتري عبدا بألف ولم يعين الألف بل أطلقه صح التوكيل
ولزم الآمر. وإن لم يكن البائع أو المبيع متعينا كذا هنا. وله أن هذا التوكيل صادف
الباطل والتوكيل بالباطل باطل. وهذا لأن التوكيل حصل بتمليك الدين من
غير من عليه الدين وهو لا يملك تمليك الدين من غير من عليه الدين بنفسه من غير أن
يوكله بقبضه فلا يملك الأمر به أيضا. ولهذا لا يصح أن يشتري شيئا بدين على غير المشتري
والنقود تتعين في الوكالات حتى تقيد الوكالة بالدين منها أو بالعين ثم أسقط الدين
أو هلك العين عند الوكيل بطلت الوكالة. وفي الصرف يكون أمرا بصرف ما لا يملكه
إلا بالقبض قبله إذ الدين لا يملك إلا بالقبض فصار أمرا بتمليك ما لا يملك وهو باطل كما لو
قال أعط ما لي عليك من الدين من شئت. والجامع أن كلا منهما تمليك ما هو غير مملوك بخلاف
ما لو عين البائع بنصب وكيلا عن الآمر بقبض الدين لأنه معلوم فيصير البائع قابضا
لرب الدين أولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له
بقبضه. وكذا إذا كان المبيع متعينا لأن في تعيين المبيع تعيين البائع فصار كما لو عين
البائع. ومتى لم يعين المبيع أو البائع يكون البائع مجهولا والمجهول لا يصلح وكيلا. وهذا
بخلاف ما لو قال لغيره أطعم عني عشرة مساكين أو قال له أد زكوة مالي فإنه يجوز وإن لم
ينصب وكيلا وإن كان مجهولا لأنه جعل عليه المال لله تعالى فيصير الفقير وكيلا عن الله
في قبضه وهو معلوم. وإذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله إلا إذا
قبض الآمر فيصير بيعا بالتعاطي. ومن وكل رجلا بشراء أمة بألف فدفع إليه فاشتراها
فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بألف فالقول للمأمور إذا كانت
الأمة تساوي ألفا لأنه أمين ادعى الخروج عن عهدة الأمانة. والآمر يدعي لنفسه حق الرجوع
على المأمور بخمسمائة والمأمور ينكر فالقول للمنكر. فإن كانت تساوي خمسمائة فالقول
للآمر لأنه خالف إذ الأمر يتناول أمة تساوي ألفا والمأمور بشراء أمة تساوي ألفا لا يملك
شراء أمة تساوي خمسمائة فيلزم الأمة المأمور. وإن لم يدفع إليه الألف والمسألة بحالها
فالقول للآمر ويلزم الأمة المأمور. أما إذا كانت قيمة الأمة خمسمائة فللمخالفة. وإن كانت
قيمتها ألفا فمعناه أن يتحالفا لأنهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على الموكل
وهما في معنى البائع والمشتري وقد اختلفا في مقدار الثمن فيجب التحالف ثم يفسخ
العقد الذي جرى بينهما وتلزم الجارية المأمور لانتقاض ملك الآمر. ولو وكله بشراء

هذا العبد

هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال المأمور اشتريته بألف وصدق البائع المأمور
وقال الآمر اشتريته بخمسمائة تحالفا لأنهما اختلفا في مقدار الثمن. فإن قيل لم قلت
أنهما يتحالفان وقد نص محمد رحمه الله في الجامع الصغير أن القول للمأمور مع يمينه قلنا
ذاك يحتمل ما ذكرنا لأن المأمور بمنزلة البائع ويمين البائع هي المخصوصة بالتحالف
وكان ذلك عبارة عن التحالف وهو اختيار الشيخ أبي منصور رحمه الله. وقيل لا تحالف
وهو اختيار الفقيه أبي جعفر. وإنما فارقت ما سبق حيث أوجب التحالف ثم ورد الأمة
على المأمور وما أوجب هنا والزامها الآمر لأن البائع هنا حاضر يصدق المأمور فصار تصاد قهما
كإنشاء البيع فبطل الاختلاف وثم غائب فاعتبر الاختلاف. قلنا تصديق البائع
لغو إن استوفى الثمن لأنه صار أجنبيا بعد استيفائه وإن لم يستوفه فكذلك في حق
الموكل لأنه لم يجر بينهما عقد فلا يعتبر تصديقه فكان الأول هو الصحيح. ولو وكل
عبد رجلا بشراء نفسه من سيده بألف درهم ودفعها إليه فقال الرجل لسيده
اشتريته له فباعه على هذا أعتق وولاؤه لسيده كأن العبد هو الذي اشترى بنفسه وإن أطلق
ولم يبين ذلك لسيده فالعبد للمشتري والألف لسيده لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف
مثله ثمنا للعبد. وأصله أن بيع نفس العبد من العبد إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق
ببدل وهذا لأنه تعذر اعتباره بيعا حقيقة لأن البيع يوجب الملك للمشتري والعبد
ليس من أهله فيجعل مجازا عن الإعتاق لوجود دلالة الملك فيهما فإذا اشتراه للعبد صار
البائع معتقا ويلزمه الولاء. وإذا أطلق الوكيل يقع العبد للوكيل عملا بحقيقته إذ مطلق
الشراء للمعاوضة بخلاف ما لو وكله غير العبد أن يشتريه له فإنه يصير مشتريا للآمر
سواء أعلم الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره أو لم يعلم. وهنا ما لم يعلم أنه اشترى للعبد
لا يصير مشتريا للعبد لأن العقدين ثم على نمط واحد لأنه في الحالين شراء وفي الحالين
المطالبة متوجهة إلى الوكيل فلا يحتاج إلى البيان. وهنا أحدهما إعتاق معقب للولاء
ولا مطالبة فيه على الوكيل لأنه سفير فلا ترجع الحقوق إليه وتمامه يرضى السيد بأحدهما
دون الآخر فلم يستغن عن البيان. ومن قال لعبد رجل اشتر نفسك من سيدك بألف
درهم فقال العبد لسيده بعني نفسي لفلان بألف ففعل فهو للآمر. وإن قال العبد
لسيده بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر. وأصله أن العبد يصلح وكيلا عن غيره بشراء
نفسه من مولاه لأن جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجنبي عن نفسه في حكم المالية
وتلك المالية محل للتملك فيصح التوكيل. إلا أن البائع إذا أراد أن يحبس العبد حتى يأخذ
الثمن لم يكن له ذلك لأن العبد في يد نفسه والمبيع إذا كان في يد الوكيل بالشراء حاضرا
في مجلس الشراء لا يكون للبائع حق الحبس لأنه بنفس العقد يصير مخليا بين المبيع والمشتري
فصار قابضا له بنفس الشراء فصار كالوديعة إذا اشتراها المودع لنفسه أو لغيره والوديعة
حاضرة في مجلس البيع فإنه لا يكون لرب الوديعة حبسها بالثمن كذا هنا. إذا ثبت

هذا فنقول إذا أضاف الشراء إلى نفسه بأن قال بعني نفسي مني أو أطلق بأن قال بعني نفسي
ولم يقل لفلان عتق العبد• أما الأول فلأن الشراء دون قبول العتق فاقتصر على العبد لما لم
يقع عن المستحق• فإن قيل العبد هنا وكيل بشراء شيء بعينه لا يملك الشراء عن نفسه
قلنا نعم ولكن أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل• وأما الثاني فلأن المطلق
يصلح لهذا أو لهذا فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى لنفسه• وإن وكل رجلا بالبيع والشراء لا يجوز له
أن يعقد مع من ترد شهادته له عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة
إلا من عبده أو مكاتبه• لأنه ليس للوكيل فيما يعقد مع هؤلاء ملك ولا حق ملك لتباين
الأملاك وانقطاع المنافع فيعقده معهم كعقده مع الأجنبي• بخلاف العبد والمكاتب
لأن كسب العبد لمولاه وله حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة بالعجز فتتمكن
التهمة بالعقد معهما فلا يملك ذلك كما لا يملك العقد مع نفسه• وله أن مواضع التهمة
مستثناة عن الوكالات• ويتهم بالعقد مع هؤلاء لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر
عادة فصار مال كل واحد منهم كمال لصاحبه من وجه• ولهذا لم تقبل الشهادة فيما بينهم
والبيع إخراج وإدخال من الجانبين• وفي البيع من هؤلاء إخراج إلى نفسه من وجه فلا
يجوز• وعلى هذا الخلاف الإجارة والصرف والسلم ونحوها• ولو أن رجلا اشترى عينا
بثمن معلوم من هؤلاء وأراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده خلافا لهما بناء على هذا
الأصل• وصح بيع الوكيل مطلقا بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة رحمه الله• وقالا لا
يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثله ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير وهو
قول الشافعي رحمه الله• لأن مطلق الوكالة يتقيد بالمعتاد• لأن شرعية التصرفات
لدفع الحاجات فيتقيد بمواقع الحاجة والبيع بغبن فاحش وبالعرض ليس بمعتاد فلا
ينصرف التوكيل إليه• ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية والفحم والجمد بأيام النحر
والشتاء والصيف• ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه• حتى لو حصل
من المريض يعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي وهو وكيل بالبيع دون الهبة
والبيع بالعرض بيع من وجه شراء من وجه وهو وكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الأمر•
وله أنه مأمور ببيع مطلق وقد أتى ببيع خال عن التهمة فيصح وهذا لأن البيع مبادلة المال
بالمال وذا موجود في البيع بالعرض كما وجد في البيع بالنقد• وبأن يضمن هذا البيع الشراء
لا يخرج من أن يكون بيعا مطلقا• والبيع بغبن فاحش بيع من كل وجه• فما من جزء من المبيع
إلا ويقابله جزء من الثمن• ولهذا يستحق الكل بالشفعة ولا شفعة في الهبة• ولو حلف لا يبيع
يحنث به• وكما يراعى العرف في الوكالات يراعى في الأيمان• ثم جعل هذا بيعا مطلقا
في اليمين فكذا في الوكالة والبيع بالعرض• وإنما لا يملكه الأب والوصي مع أنه بيع لأن العقد
النظر ولايتهما مقيدة بشرط النظر والبيع بالعرض أو بالعين متعارف أيضا والعرف مشترك
فقد يبيع المرء الشيء للتبرم منه أو للحاجة إلى ثمنه• وفي هذا لا يتأتى بقلة الثمن وكثرته

وتقيده

وتقيده بالثمن وعرضيته• وقد يبيعه للاسترباح وعند ذلك لا يبيعه بالعين والعرض
عادة• فعنده الإطلاق لا يترجح أحد المقصودين بلا دليل بل يبقى حكم الإطلاق والمسائل
مروية عن أبي يوسف• فأما أبي حنيفة رحمه الله فيعتبر الإطلاق في جميع ذلك ولأنه
مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول إلا واحدا وقد صار المتعارف مرادا فلم يبق غيره مرادا
فأما هذا فعام• وله أن يبيع بالنقد والنسيئة عندنا• وعند الشافعي رحمه الله لا يبيع إلا بالنسيئة بالنقد
لأن مطلق التوكيل بالبيع معتبر بمطلق إيجاب البيع ومطلق إيجاب البيع ينصرف
إلى الثمن الحال دون النسيئة فكذا مطلق التوكيل• ولنا أنه أمر ببيع مطلق فالتقييد
بالثمن الحال يبطل صفة الإطلاق والبيع بالنسيئة معتاد بين التجار كالبيع بالنقد
ولهذا يملكه الأب والوصي والمضارب• والوكيل بالشراء يجوز شراؤه بمثل القيمة
وزيادة يتغابن الناس في مثلها• ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله• والفرق لأبي
حنيفة رحمه الله بين البيع والشراء أن التهمة تمكنت في الوكيل بالشراء لجواز أنه اشترى
لنفسه فلما لم يعجبه لغلاء الثمن أراد أن يحوله على الآمر ولا يتمكن مثل هذا التهمة في
الوكيل بالبيع• حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك
شراءه لنفسه ولأن أمره بالشراء يلاقي ملك الغير لأنه يلاقي مال البائع وذمة الآمر مورد
وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا يطلق بعتبر إطلاق أمره فيه لأن العمل به
ضروري فلا عموم في الضروريات• فإذا صار المتعارف مرادا لم يبق غيره مرادا وأمره
في البيع يلاقي ملك نفسه وله في ملك نفسه ولاية مطلقة• ولأنه لو اعتبر العموم في الوكيل
بالشراء لا يشتري ذلك المتاع بجميع ملك الموكل ونحن نعلم أنه لم يقصد ذلك فيحمل
على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير• والوكيل بالبيع لا يعدو تصرفه
ما أمر ببيعه فأمكن اعتبار إطلاق الأمر فيه• وما لا يتغابن فيه لا يدخل تحت تقويم
المقومين• وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده
وإنما وقع التفاوت لأن التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار وفي
الحيوان بين الأمرين• وكلما كثر التصرف قل الغبن لكثرة الممارسة• وكلما قل التصرف
كثر الغبن لقلة الممارسة• ولو اشترى بكيلي أو وزني دينا في الذمة لا ينفذ على الموكل
لأن التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالأثمان المطلقة وهي الدراهم
والدنانير• وعنده رحمه الله يجوز على الموكل لأنه شراء من كل وجه• لأن الموصوف
في الذمة ثمن كالنقد بخلاف ما لو كان عينا لأنه شراء من وجه بيع من وجه
ولو وكله بشراء أمة وسمى جنسها وثمنها فاشترى شلاء أو عمياء صح على الآمر عند
أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فهما يعتبران المتعارف وشراء العمياء والشلاء غير
متعارف• وله أن العرف مشترك فقد يشتري المرء العمياء ترحما عليها أو طلبا
لرضى الله تعالى• ولو وكله بشراء هذا العبد بخمسمائة فاشتراه وآخر بضعفه

يكون الوكيل ضامنا مخالفا للثمن لو دفعه من مال الآمر عنده خلافا لهما. لهما
انه اشتراهما بألف وقيمتهما سواء انقسم الثمن على قيمتهما نصفين فيكون مشتريا
العبد المأمور بشرائه بخمسمائة فينفذ على الموكل. وله ان القيمة تعرف بالحزر
والظن فلم تثبت الموافقة بيقين فلا ينفذ على الموكل لوقوع الشك في الامتثال. ولو
وكله بالنكاح ولم يسم له مهرا فزوجه امرأة بمهر فيه غبن فاحش جاز عنده لاطلاق
الامر ولم يجعله كالوكيل بالشراء حتى يتقيد بالعرف وان كان في هذا اثبات الملك
لان في الشراء يطلق الشراء ولا يضيفه الى الموكل فيتهم انه اشتراه لنفسه فلما لم
اراد ان يلزمه وفي النكاح لا بد من اضافته الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة.
فان زوج بنته الكبيرة لم يجز عنده خلافا وهي كعقد الوكيل مع من ترد شهادته
له. ولو امره ان يزوجه فلانة وهي حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت
فزوجها منه صح عنده خلافا لهما بناء على ان الوكيل بالنكاح يملك تزويج الامة
عنده خلافا لهما. وان وكله ببيع عبد فباع نصفه صح عنده خلافا لهما فهما
اعتبرا العادة وبيع الاشقاص غير معتاد لان ذا ينقص الثمن ويبقى الباقي معيبا الا ان يبيع
ما بقي قبل ان تختصما فحينئذ زال الضرر عنه وحصل مقصوده فيجوز. وهذا لان
بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان
يفرق فاذا باع الباقي قبل ان ينقض البيع الاول ظهر انه وقع وسيلة. واذا لم يقع وسيلة
لم يجز وهو اعتبر مطلق اللفظ وذا يتناول المتفرق والمجتمع. الا ترى انه لو باع الكل
بالثمن الذي باع به النصف جاز فاذا باع النصف به اولى ان يجوز لانه حصل له ذلك القدر
من الثمن وبقي بعض العبد على ملكه. ولو قال بعه بخيار شهر فشرط الثلاث صح عنده لانه
امر ببيع فاسد فاذا اتى بالبيع الجائز جاز. وعندهما البيع بالخيار شهرا جائز وقد امره
ببيع لا يزيل ملكه الى شهر الا برضاه فاذا باعه ببيع يزيل ملكه الى ثلاثة ايام فقد خالف.
فلو وكله ببيع عبده بألف فباعه وعبدا بضعف وقيمتهما سواء رد عبده لانه صار
مخالفا وعندهما يجوز وقد مر نظيره. ولو وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء
موقوف وان كان الشراء لا يتوقف لانه انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد. فاذا
لم يجد نفاذا فانه لا يتوقف كالعبد والصبي المحجور اذا اشترى شيئا لغيره بغير امره
فانه يتوقف على اجازة المشتري له لانه لم يجد نفاذا على العاقد فكذا هنا شراء النصف
الاول لم يجد نفاذا على الوكيل لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه. ولا على
الموكل لانه لم يوافق امره من كل وجه فقلنا بالتوقف. فان اشترى باقيه لزم الموكل وهذا
على اصلهما ظاهر لانهما يسويان بين جانب البيع والشراء. وشراء البعض قد يقع وسيلة
الى الامتثال بان كان بين جماعة فيتفق شراء حصة البعض ثم يتكلف بشراء الباقي ولا يتفق
الشراء جملة فاذا اشترى الباقي قبل ان يرد الآمر البيع ظهر انه وسيلة فينفذ على الآمر. وان

قضى

قضى القاضي بانه للمأمور قبل ذلك فلا ينقض قضاؤه. وفرق ابو حنيفة رحمه الله بين
البيع والشراء فقال يتحقق التهمة فلعله اشترى النصف لنفسه فلما علم ان الشركة عيب
اراد ان يحوله على الآمر. ولان العموم ساقط في جانب الشراء فلم يثبت الا المعتاد بخلاف
جانب البيع وقد حققناه من قبل. ولو وكله بشراء عبد بعينه بألف فاشترى نصفه
بخمسمائة ثم باقيه بخمسمائة جاز على الموكل ان لم يخاصمه الى ان كمله المأمور. وعند
زفر رحمه الله لا ينفذ على الموكل بل صار مشتريا كله لنفسه لانه لا يمكن تنفيذه
على الموكل ولا توقيفه على الوكيل لان الشراء لا يتوقف. ولنا ان شراء النصف يحتمل
الخلاف لجواز انه قصد شراء النصف فقط. ويحتمل الوفاق لجواز ان يكون وسيلة
الى الكل فتعين التوقف. ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه من رجل وسلمه وقبض
الثمن او لم يقبضه حتى وجد المشتري به عيبا لا يحدث مثله فرده بقضاء ببينة او باباء
يمين او باقرار من المأمور فللمأمور ان يرده على الآمر. وان كان عيبا يحدث مثله
فرده بقضاء ببينة او باباء يمين فكذلك. وان رده باقرار لم يرده على الآمر. واصله ان
الوكيل بالبيع والشراء هو الخصم في العيب لانه من حقوق العقد. وان كان العيب
لا يحدث مثله كالسن الزائدة والاصبع الزائدة او لا يحدث مثله في هذه المدة
القاضي يقضي بغير بينة ولا يمين ولا اقرار لعلمه يقينا بكونه عند البائع. ومعنى شرط البينة
والنكول والاقرار ان يشتبه على القاضي ان هذا العيب قد يحدث ام لا او علم انه لا يحدث
في مدة شهر مثلا ولكن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجج ليظهر التاريخ. او
كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقول النساء وقول الطبيب
حجة في توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد عليه بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد. حتى لو
عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا
يحتاج الوكيل الى رد خصومة. اما اذا كان العيب مما يحدث مثله فان رد بالبينة
فهو لازم للموكل لان البينة حجة في حق الناس كافة. فيثبت بها قيام العيب عند الموكل
فينفذ الرد عند الموكل. وكذا ان رده بالنكول لان الوكيل مضطر في النكول
لانه لم يباشر احوال العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير والموكل هو الذي اوقعه فيه فكان
الرد عليه ردا على الموكل. وان رده باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة فتظهر
في حق المقر دون غيره وهو غير مضطر اليه لانه يمكنه السكوت والنكول. ولكن
له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله. فان قيل كيف يكون للوكيل حق
الخصومة مع الموكل وقد يحصل الرد باقرار الوكيل وكان بيعا جديدا في حق الموكل
قلنا الرد ما حصل باقراره وانما حصل بقضاء القاضي على كره منه فلا يحتمل ان يكون
عقدا مبتدأ لفقد شرط وهو التراضي فجعل فسخا ولكن الفسخ استند الى ما هو دليل — دليله
قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما. فمن حيث ان الرد فسخ كان للوكيل ان يخاصم الموكل

من حيث إنه استند إلى دليل قاصر لزم الوكيل ولا يكون له أن يخاصم موكله بحال لأن هذا فسخ بالتراضي فكان له حكم عقد جديد في حق غيرهما والموكل غيرهما فصار في حق الموكل كأن الوكيل اشتراه من المشتري ولو اشتراه منه لم يكن له مخاصمة الموكل كذا هنا • وإن كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بإقرار لزم الموكل بالخصومة في رواية لأنهما فعلا بأنفسهما عين ما فعله القاضي لو ترافعا إليه • لأن الرد حق متعين في هذا فإذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة • وفي عامة الروايات ليس له أن يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لأن الرد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد ولا نسلم أنهما فعلا عين ما فعله القاضي وكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية وحكم الأصل في هذه المطالبة بوصف السلامة وإنما يصار إلى الرد لضرورة العجز فإذا انتقل إلى الرد لم يصح في حق غيرهما • ولهذا لو امتنع الرد لوجب الرجوع بحصة العيب وفي تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره • ومن قال لآخر أمرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة • وقال المأمور أمرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول للآمر لأن الأمر قد يكون مطلقا وقد يكون مقيدا ولا دليل على أحد الوجهين والأمر يستفاد من جهة الآمر فكان القول له • كما لو أنكر الأمر أصلا • والقول للمضارب إذا قال له رب المال أمرتك بالنقد • وقال المضارب بل دفعت مضاربة ولم تبين شيئا • لأن الأصل في المضاربة الإطلاق والعموم • ألا ترى أن له أن يودع ويبضع ويوكل وتصح المضاربة عند الإطلاق ويثبت الإذن عاما فكان القول لمن يتمسك بالأصل • بخلاف الوكالة فإن الإطلاق والعموم فيها ليس بأصل حتى لا يودع ولا يوكل ولو قال لآخر وكلتك في مالي يملك به الحفظ فقط • ولو كان رب المال يدعي المضاربة في نوع • والمضارب يدعي في نوع آخر فالقول لرب المال لأن العموم سقط باتفاقهما فأشبه الوكالة • ثم مطلق الأمر بالبيع ينتظمه نقدا أو نسيئة إلى أي أجل كان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد بأجل متعارف • حتى لو باع بأجل غير متعارف بين التجار بأن باع إلى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما بناء على ما مر • ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ بالثمن رهنا فضاع الرهن في يده أو أخذ بثمنه كفيلا فتوى المال على الكفيل بأن يترافع الأمر إلى قاض براءة الأصيل بنفس الكفالة • كما هو مذهب مالك رحمه الله فيحكم ببراءة الأصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه • لأن حق الاستيفاء للوكيل • والرهن والكفالة يؤكدان الاستيفاء فيملكهما فإذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا وذا يملك له • ألا ترى أنه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده كان الهلاك على الموكل • بخلاف الوكيل بقبض الدين إذا أخذ رهنا أو كفيلا فإن التوى لا يكون على رب الدين • لأن المأمور بقبض الدين يتصرف بحكم الأمر • ولهذا لا يملك الموكل منعه عن قبض الدين والأمر حصل بقبض الدين • وأخذ الرهن والكفيل ليس من قبض الدين

في شيء

في شيء فلا يكون الهلاك على الموكل • والوكيل بالبيع لا يتصرف بحكم الأمر بل بحكم الأصالة لأن الوكيل بالبيع أصيل في حق الحقوق ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن • فكان له ولاية الأخذ بتمامه وأخذ الكفيل

باب الوكالة بالخصومة والقبض

الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض • اعلم أن أصل الرواية أن الوكيل بالخصومة والتقاضي وكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله • له أن القبض غير الخصومة والتقاضي فلا يكون الوكيل بهما وكيلا به وهذا لأنه يختار لهما أبلج الناس وللقبض آمن الناس • ولنا أن الوكيل بالشيء وكيل بإتمام ذلك الشيء وإتمامها يكون بالقبض إذ الخصومة قائمة ما لم يقبض ولكن الفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله لظهور الخيانة في الوكلاء • فلا كل من يؤتمن في الخصومة والتقاضي يؤتمن على المال • والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن رب الدين استوفى منه أو أبرأه تقبل بينته • وقالا لا يكون خصما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله • والوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى أن من وكل وكيلا بقبض عبد له وغاب فأقام ذو اليد بينة أنه اشتراه من الذي وكله بالقبض لم تقبل بينته في إثبات الشراء وتسمع هذه البينة لدفع الخصومة فيتوقف حتى يحضر الموكل • وكذا إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على الإعتاق على الوكيل بنقلهم من مكان إلى مكان لا تقبل هذه البينة على إثبات العتق والطلاق وتقبل في قصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب استحسانا • والأصل أن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا في الخصومة • لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير وإذا وقع التوكيل بالقبض بالملك كان وكيلا بالخصومة • لأن التمليك إنشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وكان خصما فيها • فإذا ثبت هذا فقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء حقه عين حكما • ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئا من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التمليك ساقط حكما حتى كان له أخذه بلا قضاء ولا رضى كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب كما في الوكيل بقبض العين • وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبضه وكيل بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها • وهذا لأن المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه إلا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل بأخذ الدار بالشفعة • ومسألتنا أشبه بمسألة أخذ الدار بالشفعة فإنه خصم قبل القبض عنده كالوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الأخذ وأما الوكيل بالشراء فإنما يصير خصما بعد مباشرة الشراء • وأما الوكيل بقبض العين فإنه ليس بوكيل بالمبادلة فصار أمينا محضا فهو رسول فلم تتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه أصلا قياسا • حتى يحضر الموكل فإذا حضر أمر بإعادة البينة على ما ادعوه • لأن البينة على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل

ق

قامت على الخصم فتسمع هذه البينة في حق قصر يد الوكيل ولم تسمع في حق انه ملك الموكل
كما لو أقام البينة على أن الموكل عزله عن الوكالة فإنها تقبل في قصر يده. وإن وكل
وكيلا بالخصومة فأقر الوكيل على موكله عند القاضي صح إقراره عليه ولا يصح إقراره عند
غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا إلا أنه يخرج من الوكالة. وقال
أبو يوسف رحمه الله يصح إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القاضي. وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يصح في مجلس القاضي وفي غير مجلس القاضي وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا
وهو القياس. ولا فرق بين أن يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فأقر بالقبض والإبراء
أو من المدعى عليه فأقر عليه بالحق. لهما أنه وكله بالخصومة وهي اسم لكلام يجري بين
اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة. والإقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والموافقة
فكان ضد ما أمر به والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة
الهبة والبيع والهبة والإبراء والصلح. ولو وكل بالخصومة واستثنى الإقرار يصح التوكيل
فلو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء الإقرار. ولأنه لو استثنى الإقرار
صريحا لا يملك الإقرار. ولهذا لو وكله بالجواب مطلقا ينصرف إلى جواب هو خصومة
إذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى والوكالة تتقيد
بدلالة العرف. ولهما أن التوكيل صحيح قطعا فيستدل بصحة توكيله أن الداخل تحت التوكيل
ما هو مملوك له قطعا والمملوك له قطعا مطلق الجواب لا جواب مقيد وهو الإنكار لأنه
إذا عرف المدعي محقا لا يملك الإنكار شرعا وتوكيله بما لا يملك لا يجوز شرعا والديانة تمنعه
من ذلك فحملناه على هذا المجاز تحريا للصحة قطعا وطريق المجاز موجودة. لأن الخصومة
جواب مقيد وبين الجواب المقيد والجواب المطلق اتصال لاشتراكهما في الجواب
ولو استثنى الإقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لأنه لا يملك الاستثناء من أصله
أن صحة الإقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لأنه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة
حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثمن أو لا يسلم المبيع
فإن هذا الاستثناء باطل كذا هنا. وفي ظاهر الرواية يصح الاستثناء لأن صحة إقرار
الوكيل باعتبار حقيقة اللفظ إلى المجاز حملا على ما هو الأولى بالمسلم. إذ الخصومة
منازعة وهي حرام والتوكيل بالحرام حرام فحملناه على المجاز بظاهر حاله وهذا
الاستثناء يبين أن مراده حقيقة الخصومة لا الجواب الذي هو مجاز. لأن التنصيص
زيادة دلالة على أنه مالك الإنكار ولا عبرة لدلالة الحال عند التصريح بخلافه. وعن
محمد رحمه الله أنه إذا وكل الطالب واستثنى الإقرار جاز ولم يجز من المطلوب لأن
الطالب لا يجبر على الخصومة فله أن يوكل في شيء دون شيء والمطلوب يجبر عليها فلا يملك
التوكيل بما فيه إضرار بالطالب. وقال أبو يوسف رحمه الله الموكل أقام الوكيل
مقام نفسه مطلقا فيقتضي أن يملك ما كان الموكل مالكا له والموكل مالك للإقرار فإقرار

بنفسه

بنفسه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضا فكذا الوكيل. وقالا التوكيل تناول
جوابا يسمى خصومة حقيقة بأن أنكر أو مجازا بأن أقر والإقرار في مجلس القضا يسمى
خصومة مجازا لأنه في مقابلة الخصومة فيسمى باسمها كما قال الله تعالى وجزاء سيئة
سيئة مثلها. أو لأن الخصومة سبب له فكان إطلاقا لاسم السبب على المسبب أو لأن مجلس
الحكم مجلس الخصومة فما يجري فيه يسمى خصومة مجازا. وإنما ملك الإقرار من حيث إنه
جواب الخصم لا من حيث إنه إقرار والجواب المستحق عليه وكل به إذ الظاهر
إتيانه بالمستحق عليه وذا يختص بمجلس القاضي. ولكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس
القضا يخرج الوكيل من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال إليه. لأنه لا يمكن أن يبقى
وكيلا بمطلق الجواب لأنه لا يملك الإنكار لأنه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا
بقي وكيلا بجواب مقيد وهو الإقرار. وما وكله بجواب مقيد وإنما وكله
بجواب مطلق وصار كالأب والوصي إذا لم يصح إقرارهما على الصبي لا يملكان الخصومة
في تلك الحادثة بعد ذلك. رجل له على رجل مال وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل
بقبض المال عن المطلوب لا يكون وكيلا في ذلك أبدا لأن الوكيل من يعمل لغيره. ولو
صحت الوكالة هنا لصار الوكيل عاملا لنفسه في إبراء ذمته عن المطالبة إذ الكفيل
مطالب من جهة صاحب المال فصار الوكيل بالكفالة ساعيا فيما ينتفع به بإبراء نفسه
من الدين فصح. ثم نص عليه في الجامع وإن كان المديون في إبراء نفسه ساعيا في فكاك
رقبته. قلنا إنما صح لأنه تمليك لا لأنه توكيل كما في قوله طلقي نفسك. ولأن قبول
قوله من لوازم وكالته إذ الوكيل يكون أمينا فلو صححناها لا يقبل قوله لكونه متهما
فيه حيث يستفيد به البراءة فتنتفي لانتفاء لازمها. ونظيرها أن المولى إذا أعتق
عبده المأذون المديون ضمن قيمته للغرماء وطولب العبد. فلو وكل الطالب المولى
بقبض المال لأن المولى كفيل عن العبد كان باطلا. لأن المولى حينئذ يصير عاملا في
إسقاط ضمان القيمة عن ذمته. ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه
الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقبضه خالص مال المديون
إذ الديون تقضى بأمثالها. وكذا إذا ادعى على الغريم الإيفاء يؤمر بقضاء الدين لأن الوكالة
ثبتت ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه. ويتبع رب الدين ويستحلفه
ولا يستحلف الوكيل بالله ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لأن النيابة لا تجري
في الأيمان. بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لأن الحق ثبت للوارث فكان الحلف
بطريق الأصالة دون النيابة. ومن قال إني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع
لم يؤمر بالتسليم إليه لأنه أقر له بحق قبض مال الغير فلا يصح. فلو ادعى أنه مات أبوه
وترك الوديعة ميراثا له لا وارث له غيره فصدقه الوارث المودع أمر بالدفع لأنه
لم يبق له بعد موته فقد اتفقا على أنه مال الوارث فيؤمر بالدفع إليه. ولو ادعى أنه اشترى

الوديعة من صاحبها وصدّقه المودَع لم يؤمر بالدفع إليه لأنهما إذا تصادقا على حياته
فقد اتفقا أنه أهل الملك فكان إقرارًا بملك الغير فلم يصدّقا في دعوى البيع عليه. وإن ادّعى
أنه وكيل الغائب في قبض دينه فكذّبه أو سكت لا يؤمر بالتسليم لأنه لم يبق له شيء
في مجرد الدعوى لا يؤمر الغريم بتسليم شيء. فلو دفع المال إليه لا يسترد المدفوع سواء صدّقه
أو كذّبه أو سكت لأن حق ثبت الدين تعلق بالمدفوع. أما إذا صدّقه فظاهر وكذا
إن لم يصدّقه لاحتمال أنه وكّله وإن لم يكن وكّله فيحتمل أن يجيز قبضه فيبطل حق
الاسترداد. ألا ترى أنه لو دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد
فههنا أحق. ولو دفع الغريم المال إلى الوكيل ثم أقام البينة أنه ليس بوكيل أو أقام
البينة على إقرار أن الطالب ما وكّله لا يقبل. ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف
عليه. لأن كل ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيًا في نقض ما
أوجبه للغائب. فإن أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وقبض المال مني
تقبل لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على إثبات سبب انقطاع حق
الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب
في إثبات السبب فيثبت قبض الموكل فينتقض به الوكيل ضرورة. وجاز أن يثبت
الشيء ضمنًا وضرورة ولا يثبت مقصودًا. فإن حضر الطالب وصدّقه في الوكالة
برئ الغريم لأنه ظهر أنه كان وكيلاً وقبض الوكيل قبض الموكل فبقبض الوكيل
يبرأ الغريم وكذا ههنا. وإن جحد الوكالة دفع الغريم إليه الدين ثانيًا لأنه لم
يثبت الاستيفاء حيث أنكر الطالب الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فلم يصر قبضه
قبض الطالب فبقي الدين في ذمة الغريم كما كان. ويرجع المديون على الوكيل لو كان
قائمًا في يده لأن ذا ملكه وانقطع حق الطالب عنه حيث قبض الدين بنفسه. وإن كان
هالكًا أو ادعى الهلاك أو دفعه إلى الطالب ضمنه إن كذّبه أو سكت أو صدّقه
وضمّنه عند الدفع. أما في الأولين فلأنه إنما رضي بقبضه على احتمال أن يكون
وكيلاً. فإذا لم يكن راضيًا بقبضه فيضمن. وأما في الثالث وصورة التضمين
أن يقول الغريم للوكيل نعم أنت وكيلي ولكن لا آمن أن يحضر الطالب فيجحد وكالتك
ويأخذ مني ثانيًا ويصير ذلك دينًا لي عليه باتفاق بيني وبينك فهل أنت كفيل
عليه بما يأخذ مني فيقبل صح وصار كفيلاً. فإذا حضر الطالب فجحد الوكالة وأخذ
دينه من المديون حلت الكفالة فرجع المديون على الوكيل بحكم الكفالة. لأن من
زعمهما أن الطالب ضامن وما يقبضه مضمون عليه فكان هذا إضافة الضمان
إلى زمان القبض فيصح لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجوب وهو القبض. وإن صدّقه
لم يضمّنه فليس للغريم أن يضمّن الوكيل لأنه بتصديقه اعترف أن الوكيل قبض
بحق وأن الطالب ظلمني حين أخذ مني ثانيًا فليس له ظلم غيري. فإن حضر الطالب

وجحد الوكالة وأراد أن يرجع على الغريم فادعى الغريم على الطالب توكيل القابض
وبرهن أو استحلف صح. فإن نكل برئ الغريم وإن حلف وأخذ المال من الغريم ليس للغريم
أن يضمّن الوكيل لأن الغريم أقر بوكالته حيث ادعى الوكالة على الطالب. ولكن يسترد
المدفوع إن بقي للأمر. فإن ادعى الوكيل هلاكه أو دفعه إلى الطالب حلّفه على ذلك. فإن
مات الموكل وورثه غريمه أو وهب له وهو قائم في يد الوكيل أخذه في الوجوه كلها
لأنه ملكه. وإن كان هالكًا ضمن إلا إذا صدّقه. ولو أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين
فللوكيل أن يحلّفه بالله ما يعلم أن الطالب وكّلني بقبض دينه فإن حلف برئ وإن
نكل قضي عليه بالمال للوكيل. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يحلّفه لأن حق التحليف
بناء على أنه خصم ولم يثبت بلا حجة. وجه ظاهر الرواية أنه قد ينكل فيكون في
تحليفه فائدة. ولو اشترى من آخر عبدًا وطعن المشتري فيه بعيب فوكل رجلاً بالخصومة
مع البائع فغاب وقال البائع إن المشتري رضي بالعيب فالقاضي لا يقضي بالعيب بالرد
حتى يحضر المشتري فيحلف بخلاف الدين. والفرق أن في مسألة الدين التدارك ممكن
لو قضي بالتسليم ولم يشترط يمين الغائب لأنه متى حضر الغائب أمكنه أن يستحلف
فيسترد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله إذ القضاء لم ينفذ باطنًا لأنه ما قضى
إلا بمجرد التسليم وكان كالقضاء بالأملاك المرسلة. وههنا غير ممكن لأن القضاء بالفسخ
ماض على الصحة لأن قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرًا وباطنًا عند أبي حنيفة
رحمه الله ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهرًا وباطنًا لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر
على الرضى لأنه لا فائدة في استحلافه لأن فائدته أن ينكل فيظهر أنه كان راضيًا بالعيب
وأن حق الفسخ لم يكن ثابتًا للمشتري وأن القاضي أخطأ في قضائه بالفسخ. ولكن
عند ظهور الخطأ في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ. حتى قالوا ينبغي أن يتحد الجواب
عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في الفصلين فلا يؤخر القضاء بالرد لأن التدارك ممكن
عندهما في هذا كما في مسألة الدين لأن القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء
بالتسليم. وقيل الأصح عند أبي يوسف رحمه الله أن يؤخر في الفصلين أي فصل الرد
بالعيب وفصل الرد. لأن من مذهبه أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري
حاضرًا وأراد الرد ما لم يستحلفه بالله ما رضيت بهذا العيب وإن لم يدّع البائع. وإذا
كان المشتري غائبًا لا يرد عليه أيضًا حتى يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان ونظرًا للبائع
أو المديون فصار عنه روايتان في رواية مثل قول محمد رحمه الله وفي رواية يؤخر فيهما
اعتبارًا للنظر. رجل دفع إلى رجل عشرة دراهم لينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة
من عنده فالعشرة بعشرته استحسانًا والقياس أن يكون متبرعًا لأنه خالف أمره
فيرد عشرته عليه. وجه الاستحسان أن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء لأن الإنفاق
لا يتيسر بدون الشراء لأن معناه شراء ما يحتاج إليه والوكيل بالشراء يملك النقد

من مال نفسه فإنه إذا وكله بشراء الطعام ونحوه ولم يدفع إليه الثمن فاشترى الوكيل
ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع به على الآمر. وهذا لأن الوكيل لا يمكنه أن يحمل
الدراهم مع نفسه وقد يتفق له في السوق شراء ما يحتاج إليه في النفقة فيحتاج إلى أن ينقد
من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا لغرض الآمر. وقيل القياس والاستحسان
في قضاء الدين لأنه ليس فيه معنى الشراء وللإنفاق شراء فلم يكن متبرعا قياسا
واستحسانا. وقد مرت المسألة بأخواتها في الحوالة. ولو وكله بعتق نصف عبده فحرر
كله لم يعتق منه شيء عنده وعندهما يعتق كله. والمسألتان مبنيتان على تجزي الإعتاق
وعدمه. ولما أمره بإعتاق الكل كان مأمورا بإعتاق النصف ضرورة فنفذ. ولما أمره بإعتاق
النصف لم يكن مأمورا بإعتاق الكل فلو ثبت عتق النصف لثبت ضمنا لإعتاق الكل
ولو بطل المتضمن فيبطل ما في الضمن ضرورة. وعندهما التوكيل بإعتاق النصف وإعتاق الكل سوا
لأنه لم يتجزأ عندهما فلهذا عتق الكل عندهما فيهما. والتوكيل بإجارة الدار والأرض أن
يؤجرها بالنقد والمكيل والموزون وبالحيوان المعين وبالموصوف المؤجل من الثياب. أما
عند أبي حنيفة فظاهر لأنه كالتوكيل بالبيع. وهما فرقا وقالا لا تخصيص التوكيل بالبيع
بالنقد وللعرف هنا فإن الأراضي تؤجر بغير النقد. ألا ترى أنها تدفع مزارعة وهي إجارة
بجزء من الخارج كذا ذكره في المبسوط وفي بعض المواضع حققنا الخلاف هنا كما في البيع
ولو وكله بأن يستأجر أرضا له فأخذها له مزارعة لم يجز عنده لأنه لا يرى جواز المزارعة
ويجوز عندهما لأنهما يجوزانها. ولو وكل الطالب رجلا بالصلح عن دم العمد فصالحه على مال
قليل صح عنده كالتوكيل بالبيع خلافا لهما **فصل** وإذا وكل وكيلين فليس لأحدهما
أن يتصرف فيما وكلا به وحده. وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي كالبيع والخلع ونحوهما
لأن الموكل رضي برأيهما فإذا انفرد أحدهما بطل غرضه إذ لا ينال برأي أحدهما ما ينال
برأيهما. والبدل وإن كان مقدرا ولكن تقدير الثمن يمنع النقصان دون الزيادة وربما تزداد
الثمن عند اجتماعهما لذكاء أحدهما وهدايته أو يختار الآخر مشتريا لا يماطل في أداء الثمن
إلا أن يوكلهما بالخصومة فلأحدهما أن يخاصم دون صاحبه ولكنهما لا يقبضان
إلا معا. وقال زفر رحمه الله لا يصح الانفراد في الخصومة أيضا لأنه يحتاج فيها
إلى الرأي ورأي الاثنين لا يكون كرأي الواحد فرضاه برأيهما لا يكون رضى برأي
أحدهما كما في البيع والشراء. ولنا أن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة
لمجلس القضاء عن الشغب وتحريا للصواب إذ الإنسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفي
الاجتماع إخلال بالاستماع. ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا
بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وذا بأن يسر الأمر برأيهما
وإنما ينفرد أحدهما بالتكلم ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور وقيل
يشترط. ولا يقبض أحدهما لأن اجتماعهما على القبض ممكن والموكل رضي بأمانتهما

لا بأمانة

لا بأمانة أحدهما وفي اجتماعهما على القبض والحفظ فائدة فإنهما يتعاونان على دفع الغائل
ما لا يقدر أحدهما عليه. أو بطلاق زوجته بغير بدل أو بعتق عبده بغير بدل أو برد وديعة بعينه
عنده أو قضاء دين عليه لأنها لا تحتاج إلى الرأي وفي التعبير المحض عبارة الواحد كعبارة العدد
بخلاف ما لو قال طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه تفويض إلى رأيهما إذ هو تمليك
يقتصر على المجلس على أنه علق الطلاق بفعلهما فصار كما لو علقه بدخولهما. ولو قال
إن دخلتما الدار فامرأته طالق لا تطلق ما لم يدخلا. وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به
لأن الموكل رضي برأي الوكيل لا برأي غيره والناس يتفاوتون في الرأي فلا يكون رضاه
برأيه رضى برأي غيره وكان في توكيل الغير مباشرا غير ما أمر به الموكل فلا يجوز
إلا أن يأذن له الموكل لحصول رضاه أو يقول له اعمل برأيك لأنه فوض الأمر إلى رأيه
مطلقا وإجازة ما صنعه وتوكيل الثاني من صنعه فيدخل تحته إجازة. وإذا جاز
في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل الأول حتى لا يملك الوكيل الأول عزله ولا
ينعزل بموته وينعزل بموت الأول. فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله
بحضرته جاز عندنا استحسانا. وعند زفر لا يجوز كما لو باعه في حال غيبته وهذا
لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد والموكل إنما رضي بأن تتعلق الحقوق بالوكيل الأول
دون الثاني فلو جاز بيع الثاني بحضرة الأول لتعلق حقوق العقد به دون الأول. ولنا
أن مقصود الموكل أن يكون تمام العقد برأي الوكيل الأول فإذا كان هو حاضرا
فإنما العقد برأيه فكان مقصوده حاصلا على أنه إذا كان حاضرا صار كأنه باشر
العقد كما لو زوج بنته البالغة بشهادة رجل بحضرتها جعل كأنها باشرت العقد
حتى صح للأب أن يكون شاهدا. والحقوق ترجع إلى الأول ذكره البقالي رحمه الله في الفتاوى
وفي حيل الأصل والعيون يرجع إلى الأصل وهو الصحيح كما لو باعه أجنبي فأجازه
الوكيل فإنه يجوز وتتعلق الحقوق بالمباشر. وإن عقد في حال غيبته لم يجز لفوات
رأيه إلا أن يبلغه فيجيز. ولو قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز في رواية كتاب
الرهن لحصول المقصود بالرأي وهو تقدير الثمن. بخلاف ما لو وكل وكيلين وقدر الثمن
فباع أحدهما بذلك الثمن حيث لم يجز وإن حصل مقصود الموكل لأن المقصود ثمة
اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري كما مر حيث فوض الرأي إليهما مع تقدير الثمن
وفي رواية كتاب الوكالة لا يجوز لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة
وربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع. وإذا زوج العبد أو المكاتب والذمي
بنته وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع لها أو اشترى لم يجز معناه التصرف في مالها
لأنه لا ولاية لهم وقد مر في كتاب النكاح. وكذا الحربي المستأمن والمرتد إذا
مات على ردته لا يجوز بيع واحد منهم ولا شراؤه إذا كانت البنت صغيرة لما ذكرنا
أما الحربي فلأنه أبعد من الذمي ألا ترى أن شهادته على الذمي لا تقبل. فإذا لم يكن

للذمي ولاية على ابنته الصغيرة المسلمة فالحربي احق. واما المرتد فانّ ولايته على اولاده
وامواله موقوف بالاجماع لانها تنبني على النظر وذا باتفاق الملة لانه داع الى النظر
وذا في الحال متردد فوجب التوقف فيه فاذا اسلم جعل كانه لم يزل مسلما فنفذ تصرفه
واذا مات او قتل على ردته تقررت جهة الانقطاع للولاية فتبطل تصرفه. بخلاف التصرفات
في اكسابه فانها نافذة عندهما لان تلك الولاية تنبني على الملك والملك قائم ما دام حيا
بلا توقف عندهما

باب عزل الوكيل

وتبطل الوكالة بعزل الوكيل
ان علم به. اعلم ان للموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة فان كان الوكيل حاضرا
والخصم غائبا فاراد ان يعزله فان كان وكيل الطالب يصح عزله. لان الطالب بالعزل
يبطل حق نفسه. اذ خصومة الوكيل حق الطالب لقيامه مقام الطالب وخصومة الطالب
بنفسه حقه فكذا خصومة من قام مقامه وان كان وكيل المطلوب فان كانت
الوكالة بغير التماس صح عزله. وان كان بالتماسه لا يصح عزله حال غيبة الطالب لان
التوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو ان يحضر مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت
حقه عليه فلو صح عزله لبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل
والمطلوب ربما يغيب قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا. وصار كالوكالة
المشروطة في عقد الرهن. فان الراهن لا يملك عزل الوكيل لما فيه من ابطال حق المرتهن
بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا. فان حقه لا يبطل اصلا. لانه ان لم يمكنه
الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب ويمكنه ان يطلب منه وكيلا
اخر. وبخلاف ما اذا كان التوكيل بغير التماس الطالب حيث يصح العزل حال غيبة
الطالب لانه رضي ببطلان حقه حيث لم يلتمس التوكيل مع علمه ان الموكل ربما يغيب
فلا يمكنه الخصومة معه. فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وقال الشافعي رحمه الله
ينعزل وان لم يبلغه الخبر. لانه بالعزل يسقط حق نفسه. لان نفوذ الوكالة حق الموكل
والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق. ولنا ان في انعزاله بغير علمه اضرارا
به. لانه ربما يتصرف بناء على انه وكيل ثم يظهر انه غير وكيل فتلحقه عهدة
وضمان لانه اذا نقد من مال الموكل او سلم المبيع يضمنه فيتضرر به ولان العزل خطاب
ملزم للوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم
كخطاب الشرع فلا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به دفعا للضرر عنه. ويستوي
الوكيل بالنكاح والطلاق لما ذكرنا. وتبطل الوكالة بموت احدهما اي الوكيل والموكل
وجنون احدهما جنونا مطبقا ولحوق احدهما بدار الحرب مرتدا. لان عقد الوكالة
عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط قيام الامر في كل ساعة وبعض
العوارض يبطل الامر فتبطل الوكالة ضرورة. وشرط ان يكون الجنون مطبقا اي مستوعبا
من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها. لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء.

وحدّ

وحدّ الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف رحمه الله. لانه يسقط به الصوم عنه. وعنه
اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس عنه. وعند محمد رحمه الله حول
كامل وهو الصحيح. لان استمراره حولا كاملا مع اختلاف فصوله اية استحكامه لانه
يسقط جميع العبادات كالصلوة والصوم والزكوة. اما ما دون الحول لا يمنع وجوب الزكوة
فلا يكون في معنى الموت. قالوا الحكم المذكور في لحوق الموكل مرتدا بدار الحرب قول
ابي حنيفة رحمه الله. لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته. فان اسلم نفذ
وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة اما ان يموت او يقتل على ردته او يحكم
بلحوقه كما مر في السير. وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته
حتى تموت او تلحق بدار الحرب لانه لا اثر لردتها في عقودها لانها ليست سببا لهلاكها.
فان عاد الوكيل مسلما لم تعد الوكالة عند ابي يوسف رحمه الله. لان قضاء القاضي
بلحوقه بمنزلة القضاء بموته وذلك ابطال منه للوكالة. وبعد ما تاكد بطلان الوكالة
بالقضاء لا يعود الا بالتجديد. الا ترى ان الفرقة بينه وبين امراته واقعة. والعتق في مدبريه
وامهات اولاده لا ينتقض. فكذا الوكالة التي بطلت لا تعود وعادت عند محمد رحمه الله. لان صحة
الوكالة لحق الموكل وحقه قائم بعد لحاقه بدار الحرب ولكنه عجز عن التصرف بعارض
على شرف الزوال فاذا زال صار كان لم يكن. فبقي الوكيل على وكالته. فاما اذا ارتد الموكل
ولحق بدار الحرب وقضي بلحاقه بدار الحرب. فان عاد مسلما لم يعد الوكيل على وكالته
فابو يوسف رحمه الله سوى بينهما. ومحمد رحمه الله فرق فقال الوكالة تعلقت بملك الموكل
وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات. فاما ردة الوكيل فلم
تزل ملك الموكل فكان محل تصرف الموكل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض فاذا
زال العارض صار كان لم يكن. وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال يعود وكيلا
كما كان فيهما. لان الموكل اذا عاد مسلما يعاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت
الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته. وتبطل الوكالة بافتراق الشريكين
وعجز الموكل لو كان مكاتبا وحجره لو كان ماذونا لان بقاء الوكالة يعتمد قيام
الامر وقد بطل بالافتراق والعجز والحجر. واذا كان التوكيل بالتقاضي او بقضاء
الدين لا يبطل بالحجر والعجز. لان وكالته تبقى في كل شيء يبقى مطالبا ومطالبا ولا فرق
بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي. والعلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي
كما اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه. وتصرفه بنفسه اي اذا وكل اخر بشيء ثم
تصرف بنفسه فيما وكل فيه بطلت الوكالة لفوات محله. ويندرج تحت هذا
اللفظ ما لو وكله باعتاق عبده او بكتابته او بتزويج امراة او بشراء شيء او بطلاق او خلع
او ببيع عبده فاعتق او كاتب او تزوج او اشترى او طلق ثلاثا او واحدة ومضت عدتها
او خالعها او باع بنفسه. وهذا لانه لما فعل ذلك الشيء بنفسه تعذر على الوكيل ذلك

الفعل فتبطل الوكالة ضرورة حتى أن الموكل إذا طلقها واحدة والعدة قائمة تبقى الوكالة
لأنه أمكن تنفيذ ما وكل به • ولو تزوجها بنفسه وأبانها لم يكن للوكيل أن يزوجها
منه لزوال حاجته • بخلاف ما لو تزوجها الوكيل وأبانها حيث يكون له أن يزوج الموكل
لأن الحاجة قائمة • فلو رد عليه بعيب بقضاء عاد الوكيل على وكالته في ظاهر الرواية • وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه ليس للوكيل أن يبيعه لأنه لما تعذر بيعه بنفسه لا يعود وكيلا
إلا بتجديد الوكالة • وجه الظاهر أن الوكالة إطلاق التصرف والعزل لم يوجد
صريحا وإنما امتنع بعارض وقد زال • بخلاف ما لو وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع
لم يكن للوكيل أن يهب • لأن التوكيل بالبيع للحاجة والحاجة لم تنقض لأن الرد بقضاء
بلا اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة • فإذا عاد إليه قديم ملكه فله أن يبيعه • وأما
الواهب فمختار في الرجوع فتبين برجوعه عدم حاجته إلى الهبة إذ لو كان محتاجا لما رجع
فيه فكان دليلا على نقض الوكالة • **فصل** الأصل أن قبض الوكيل قبض أمانة إلا أن
ينقلب اقتضاء للدين فيصير مقبوضا مضمونا • هلاك الثمن في يد الوكيل على الآمر إن كان
الآمر دفعه إليه قبل الشراء لأنه أمانة في يد الوكيل • أو على الوكيل لو دفع الثمن إليه
بعد الشراء لأنه متى اشترى وجب له على الموكل دين فإذا قبضه وقع اقتضاء للدين
فيهلك عليه • وكذا لو نقد المشتري الثمن للبائع وقد كان الآمر دفعه إليه قبل شرائه
فرده البائع لزيف فإنه يهلك من مال المأمور لأنه لما نقد صار مقتضيا ثم قاضيا
لما عرف أن الشراء بالوكالة يوجب دينين والقضاء انتقض بالرد ولا يبطل الاقتضاء
لأنه لا يقبل الانتقاض ما دام في يد المقتضي • ولو كان ستوقا كان هلاكه من مال الآمر
إذا رده البائع لأنه ليس من جنس حقه فلم يصر مقتضيا فبقي في يده أمانة • وكيل قال
بعت وسلمت وقبضت الثمن وهلك أو دفعته إلى الآمر صدق لأنه أخبر عما هو مسلط عليه
فيقبل قوله فيه لأنه مؤتمن من جهته • فإن رد المشتري المبيع بعيب غرم الوكيل الثمن
للمشتري لأنه أقر باستيفائه • ولا يرجع على الآمر لأن قوله معتبر في نفي الضمان لا في الإيجاب
على الغير • وباع القاضي المبيع وتوفي البائع ما أدى إلى المشتري وفضله للآمر لأنه بدل ملكه
ولو أقر الآمر بقبض المأمور الثمن وأنكر هلاكه أو دفعه إليه رجع المأمور على الآمر • لأن
إقراره بقبض الوكيل إقرار بأن المقبوض وقع له وفي يد الوكيل يد أمانة • ولو وكله بالبيع
ولم يسلم إليه فادعى المأمور أنه باع وقبض الثمن وهلك عنده أو دفع إلى المالك لم يصدق الوكيل
على شيء من ذلك • ويقال للمشتري إن شئت فانقد الثمن وخذ المبيع وإلا فافسخ البيع وارجع
على الوكيل بما أديت من الثمن • وكل شريكه ببيع أمة بينهما فباع وأقر البائع بقبض الثمن
وكذبه البائع سقط حظ الآمر لأنه أقر أن المشتري بريء عن كل الثمن وهو يملك إبراءه
عن حظه فقط فينفذ إقراره عليه • وسلم ما بقي للبائع وحلفه بالله ما قبض ما ادعى الآمر فإن
أقر البائع أن الآمر قبض الثمن وأنكر الآمر سقط حظه • وما بقي بينهما لأن قوله مقبول

في البراءة

في البراءة دون إبطال الشركة ولكل واحد تحليف صاحبه على ما ادعى • وكل مديونه أو غيره
أن يبرئ دينه أو يحلله أو يهب له ففعل صح لأن التوكيل حصل بما يملكه الموكل • وكذا لو
سأله أن يبرئه فقال ذاك إليك فأبرأ نفسه جاز • وكذا لو قال العبد أعتقني أو قالت المرأة
طلقني فقال ذاك إليك فطلقت نفسها أو أعتق نفسه لم يصح لأنه يؤدي إلى التضاد لأنه
معاوضة بخلاف ما مر لأنها تتم بالواحد ولا تؤدي إلى التضاد • وتحليل طعام الوديعة
إباحة لا تمليك حتى لا يملك التمليك من غيره لأنه من ألفاظ الإباحة • ولو أوصى إلى رجل
فقال له ضع ثلث مالي حيث شئت له وضعه في نفسه • أمر ببيع فباع بيعا فاسدا
لم يكن مخالفا لأن الأمر مطلق وهو يفيد موجبه إلا أن يبيع بأقل مما أمر به أو يزيد في
أجل أمر به • وكذا المأمور بالشراء • ولو أمره ببيع عبده بألف فباعه به وبرطل خمر غير عين
لم يكن مخالفا لأنه زاد في الثمن فكان خلافا إلى خير • وإن كانت معينة كان مخالفا
بحصتها دون ما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله • لأنه وكله بالبيع وهو شراء في حصة الخمر
لأن الخمر إذا كانت معينة كانت مبيعة فعنده يقسم العبد على الألف والخمر فيضمن
الوكيل حصة الخمر لا غير • وعندهما يضمن كل القيمة بناء على أن الوكيل ببيع العبد إذا
باع بعضه يصح عنده وعندهما لا • فإن قيل إنما لا يملكه عندهما إذا باع بعض الثمن
أما إذا باع بكله فلا • قلنا نعم إذا كان صحيحا لاندفاع ضرر التبعيض بحصول
المسمى وهنا لا يحصل للفساد • وإن كان مكان الخمر ميتة أو دما بعين أو بغير عين
لم يكن مخالفا لأنه لا قيمة لما زاده فلم يقابله شيء من العبد فبقي كله بإزاء الألف • ولو
كان مكان العبد كر بر فالجواب فيه كالجواب في العبد إلا أن هذا بالاتفاق لأنه
يملك بيع بعضه إجماعا • لأنه لا ضرر في التفريق • وإن أمره ببيع عبده من نفسه بألف
فباعه إلى العطاء صح لأنه أمره بإعتاقه فيصح مع جهالة الأجل بخلاف البيع • وعتق
والقبض لسيده في المسألة الأولى لأن التوكيل حصل بالإعتاق فترجع الحقوق إلى الآمر
وثم للوكيل لما عرف • دفع إلى رجل ألفا وأمره أن يشتري به عبدا ويزيد من عنده
إلى خمسمائة فاشترى وادعى أنه زاد خمسمائة وأنكر الآمر تحالفا وقسم العبد أثلاثا
ثلثاه للآمر بألف وثلثه للوكيل بخمسمائة لأنهما إذا حلفا لم يثبت قول كل واحد
على صاحبه وثبت في حق نفسه • صح إبراء الوكيل بالبيع وحطه وإقالته وتأخيره
وقبول الحوالة وضمن للموكل لأنه عاقد لنفسه في حق من عاقده • ولهذا كانت
الحقوق ترجع إليه فتصح هذه الأشياء منه كالمالك • إلا أنه يضمن للموكل لأنه في حق
الموكل عاقد للموكل • وقال أبو يوسف رحمه الله لا يصح شيء من ذلك لأنه
تصرف بغير ملكه ولا أمره فلا يصح كالإعتاق • فإن أقر أن الآمر قبضه أو غصبه أو استقرض
مثله بعد البيع لا يضمن لأنه لو فعل بنفسه لا يضمن فكذا إذا أقر على موكله • ويبرأ
المشتري لأنه أقر باستيفائه صحيح • ولو أقر أنه غصبه أو استقرضه قبل البيع برئ المشتري

وضمن الوكيل لانه ما اقر بالاداء قبضا ليستوفي القرض فكان كالابراء • وكذا اذا اقر بالمقاصة بآخر او مهر او جناية قبل البيع او بعده لان القبض بالمقاصة ليس من مقتضيات العقد • نقد الآمر ثمن ما اشترى وكيله واتلفه حبس البائع المبيع لاستيفاء الثمن • لان للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن وطولب وكيله به لتعلق الحقوق به • فلو كان الوكيل معسرا يعد الآمر ان شاء ورجع به على الوكيل كمعير الرهن وان لم ينعقد بيع برضى الموكل عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يشترط رضاه وهو فرع الحجر على الحر فان فضل فهو للموكل لانه بدل ملكه وان نقص فعلى الوكيل • وكيل الشراء عبدا او مات في يده فاستحق ضمن المستحق المشتري ان شاء لانه غاصب بالقبض ورجع المشتري على بايعه بثمنه وردّه على من ان نقده من ماله • وان كان العبد ابقا ملكه المشتري بضمان القيمة وان شاء ضمن المستحق البائع لانه غاصب بالتسليم • ولا يضمن الآمر لعدم القبض منه • ولو كان الآمر هو الذي اشترى ووكل وكيلا بقبضه ضمن المستحق الآمر ايضا • اما الوكيل والبائع فلما مرّ • واما الآمر فلان الوكيل بالقبض نائب حتى صح نهيه عن القبض فانتقل فعله اليه • بخلاف الوكيل بالشراء لانه اصيل في القبض حتى لا يصح نهيه فلا يصلح الآمر غاصبا به • باع ووكل رجلا بقبض ثمنه فقال قبضت وهلك او دفعته الى البائع وانكر البائع صدق لانه مسلط عليه • فان وجد المشتري بالعبد عيبا ردّه على البائع لانه الخصم وليس عليه شيء من ضمان الثمن لا ينفذ اقرار الوكيل عليه • ولا يضمن الوكيل لانه امين باتفاقهم • ويباع العبد فيه اي كان فان فضل فللآمر وان نقص فلا شيء • والوصي كالوكيل بعد بلوغ الصغير • اي اذا باع الوصي واقر بقبض الثمن وانه ضاع عنده او انفق على الورثة ثم كبرت الورثة وانكروا البيع او اقروا به وانكروا قبض الثمن فالقول للوصي لانه مسلط على البيع وقبض الثمن • فان وجد المشتري بالعبد المبيع عيبا ردّه على الوصي وضمن له الوصي الثمن لاقراره بالقبض • ولا يرجع بالتركة والورثة لان قوله لا يقبل في حقهم • ولكن يباع العبد بحقه • اقر امين القاضي ببيع التركة وقبض الثمن وابقاه الغرماء وكذب الغرماء الكل او لا بعده فالقول للامين ويبرأ مشتريه • فان وجد المشتري به عيبا فالغريم خصمه في غيبة الامين ان اقر بقبض الامين الثمن لانه لما اقر بالبيع وقبض الثمن صار مقرا بان البيع له لانه ما بيع الا لاجله وقد تعذر الحاق العهدة على العاقد لانه كالقاضي فيلتحق على من يعود عليه نفعه ولا يكون الغريم احق من الغرماء الآخرين ان اثبت دينه على الميت • لان الامين مصدق في حق براءة نفسه لا في الزام الضمان على الغير • ولو باع القاضي واشهد شاهدين على انه باع من فلان وسلمه ودفع الثمن الى الغريم وانكره ثم عزل او مات واثبت الغريم دينه عند الثاني شارك الغريم الثاني الاول لان قول القاضي حجة في حق الكل • بطل توكيل الكفيل وعكسه • لانه اشتراط الامانة في موضع الضمان او اشتراط الضمان في موضع الامانة وكلاهما باطلان

كاشتراط الضمان على المودع والمستعير والمضارب وقد مرت المسئلتان • وبطل اختيار الوكيل اي اذا قبل الحوالة للآمر بان احال المشتري الآمر بالثمن على الوكيل وقبل الحوالة كان باطلا • لانها لو صحت لضمن الوكيل الثمن فيؤدي الى ما ذكرنا • بخلاف صلح الوكيل مع الموكل على امة بعينها للوكيل فانه يجوز • وكذا اذا قضى الوكيل الآمر عن المشتري متبرعا صح • وبطل بيعه عرضا بثمن له على المشتري • وكذا لو صالح او قضى على ان يكون الثمن له بطل لانه تمليك الدين من غير من عليه الدين وكذا ان احال الوكيل الآمر بالثمن على المشتري لم تكن حوالة • لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فيقتضي قيام الدين في ذمة الوكيل ليتحول الى ذمة المشتري ولا دين في ذمة الوكيل ولكن تصح وكالة لان حق المطالبة بالثمن للوكيل بحكم العقد فجاز ان يوكل الآمر به فيحمل على الوكالة تصحيحا لتصرفهما • وبطل نهي موكله عن القبض بعد بيعه لان اليد ثابتة له عند البيع ولا يملك ابطاله وبطل نهي الوكيل عن التسليم بعد البيع الى المشتري حتى يقبض الثمن منه • لان النهي وقع عما هو حق للمنهي عنه فبطل • وقال ابو يوسف رحمه الله يصح لان الحقوق تابعة للعقد والتابع لا يفارق المتبوع بخلاف ما لو قال لا تبع الا بحضرة فلان او حتى تشهد او حتى تقبض الثمن فانه يصح لان البيع حقه فصح تقييده • ولو باع بنفسه ثم قال لا تقبض ثمنه الا بحضرته او بحضرة فلان صح • لان التوكيل جرى في القبض فلا يملك الا على الوصف المامور به • ولو قال بعه غدا او بنقد او من فلان تقيد حتى لو باع في اليوم او بالنسيئة او من غيره لا يجوز لان التقييد مفيد • ولو قال بعه في السوق لا يتقيد به حتى لو باعه في داره جاز لانه غير مفيد • وعند زفر رحمه الله لا يجوز لانه خالف امره • بتبيعه فباع وقبضه من يبتاع امره فمات في يده لم يضمن لانه ثبت له حق القبض ليسلم وللآمر ان يسترد منه او من مشتريه • ولو قبضه قبل بيعه وقد نهاه عن قبضه فمات قبل البيع او بعده ضمن القيمة لانه لم يكن له حق القبض قبل البيع فصار غاصبا بالقبض فلا ينتفي الضمان بالبيع • ولو سلمه بريء من ضمانه لانه صار مضمونا في يد المشتري بالثمن فلم يبق ضمان القيمة • رضي الوكيل بالشراء بالعيب جاز عليه دون الآمر • وللآمر الخيار ان شاء رضي به وان شاء الزمه الثمن • فان هلك قبل الزامه هلك على الآمر لان يده كيده ورجع بحصة العيب على المأمور • وكذا ان تعيب عند المأمور • فان الزمه الآمر فوجد الوكيل به عيبا كان عند الآمر البائع لم يرده على البائع لانه جعل كانه باعه من الموكل ثم رده الموكل عليه بغير قضاء • والرد بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث فلا يرده على بايعه ولا على موكله لانه لا يفيد • لانه لو رده عليه بحكم هذا العيب لرده الموكل عليه ايضا لانه اشتراه منه • قال لاجنبي امر امرأتي بيدك فطلقها او طلقها فلم ينهها بيدها فهو تمليك في بابه لان الفا للتفسير والتفويض حصل بالكناية • ولو قال طلقها

فقد جعلته اليك او عكسه فهو تمليك في رجعية لان التفويض في صريح الطلاق • ولو قال
طلقها فابنها او عكسه فهو توكيل في بائنة لان معناه ابنها بكناية بدل الطلاق • ولو قال
طلقها وابنها في بائنة ورجعية • ولو قال طلقها وقد جعلت امرها بيدك فهو توكيل
وتمليك • ولو قال لسمسار اشتر لي بهذا الالف ينصرف الى ما يشتريه ذلك السمسار للعرف
ولو قال خذ هذا الثوب بضاعة فهو توكيل ببيعه لا غير • ولو قال خذ هذا الالف
مضاربة يفسد لجهالة حصة الربح ولو فعل المضارب يستحق اجر المثل • وكذا لو قال
اشتر لي بهذا الالف امة على ان اعطيك درهما فاشترى فهو للآمر ويجب له اجر المثل
لفساد الاجارة بجهالة قدر العمل • ولو قال خذ الالف مضاربة في ثوب واحد يشتري
ويبيع ويبين حصته من الربح صح • لان لفظ المضاربة يدل على التفويض ولكن لا يشتري
الا ثوبا واحدا لانه قيده به • ولو قال خذ هذا الالف بضاعة او مضاربة بكذا او
اشتر لي به شيئا او ثوبا او اثوابا صح لان لفظ المضاربة والبضاعة يدل على التفويض ويبيعه
في المضاربة دون البضاعة • لان الغرض من المضاربة الاسترباح وذا يكون بالبيع والشراء
بخلاف البضاعة فانه قد يكون غرضه الانتفاع بالعين فلا يملك البيع • ولو قال رجل اني
اريد الخروج الى الري فقال له آخر اريد ان ابعث الى زيد الف درهم معك فخذ هذه الالف
بضاعة فهو رسالة • لان المقدمة تدل على انه اراد ان يرسل الالف بيدك الى زيد • ولو قال
اني اريد الخروج الى الري لشراء الطيالسة فقال خذ هذه الالف بضاعة فهو بضاعة في الطيالسة
خاصة • لان المقدمة تدل على التقييد • ولو قال خذ هذه الالف بضاعة في الثياب الى الري
فاشترى له بها ثيابا في الري وحملها بماله الى مصر فهو متطوع بخلاف الوكيل بشراء
الطعام في المصر • فانه لا يكون متطوعا استحسانا اذا حمله الى منزله بماله والفارق العرف
ولو اشترى بالبعض وحمل الثياب بالبعض صح ولا يضمن الا ان سماه الآمر او يموت
قبل ان يشتري ويعلم به لانه انعزل بموته • وان خاف هلاكها رفع الامر الى القاضي فيامره
القاضي بالانظر من النفقة والبيع • والمضاربة نظيره ولكن لا ينعزل بعد شرائه ولا
ينعزل بموته وان علم لتعلق حقه بالبيع • النقود تتعين في الوكالات والشركات والمضاربة
بعد التسليم الى هؤلاء لكونها امانة وقبل التسليم لا تتعين • ومتى اشار في التوكيل
وسمى فان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى ولم يعلم الوكيل بحال المشار اليه تتعلق
بالمشار اليه وتجعل التسمية بخلافه مجازا عن المدح او الذم وان تجانسا اصلا وتخالفا
وصفا وعلم الوكيل بحال المشار اليه • فكذلك تتعلق الوكالة بالمشار اليه • وان لم يعلم
بحاله تتعلق الوكالة بالمسمى حال بقاء الدراهم في يد الوكيل الى وقت الشراء • رجل قال
لآخر اشتر لي بالف درهم في هذا الكيس امة ودفع الكيس فاشترى امة بالف درهم جياد
فاذا في الكيس فلوس او زيوف او رصاص او ستوقة او دنانير او جياد اقل من الف درهم
او اكثر او لا شيء فيه فلم يعلما او علما ولم يعلم كل واحد منهما بعلم الآخر فهي للآمر

وان علما وعلم كل واحد بعلم الآخر فهي للمأمور • ولو كان خمسمائة فاشترى بخمسمائة وهي
تساوي الفا لزمت للآمر • فالحاصل ان التوكيل لا يتعلق بالمشار اليه الا بعلوم اربعة
علمهما بحال الدراهم وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه • لان دفع الغرور عن الوكيل واجب
والقدرة على الامتثال شرط لصحة التوكيل • وذا لا يحصل الا بهذه العلوم الاربعة • اما
علم الوكيل فلانه اذا لم يعلم بحال الدراهم يعتمد على التسمية فعند ظهور خلافه يلزم
شراؤه دون الآمر لتضرره بالتوكيل • واما علم الموكل فلانه اذا لم يعلم كان مراده
ما سمى • فلو اشترى الوكيل بغير ما سمى لا يحصل مراد الآمر • واما علم الموكل بعلم الوكيل
فلانه كان في زعمه انه يشتري بالجياد اذا لم يعلم الموكل بعلم الوكيل بناء على التسمية
فرضي بالجياد بالشراء • والوكيل لما كان عالما بحال الدراهم يشتري بالمشار اليه فيصير
مخالفا • واما علم الوكيل بعلم الموكل فلانه اذا لم يعلم فيقول ان كان الموكل عالما
فمراده المشار اليه وان لم يكن عالما فمراده المسمى فيتردد فعند عدم احد هذه العلوم
الاربعة تقع الوكالة على الجياد • لان مطلق اسم الدراهم يتناول الجياد • دفع الفا
ليشتري بها امة فهلكت لم تبق وكالته وان جهل لان الدراهم تتعين في الوكالة
بعد النقد • ولو ظهر بعد الهلاك انها كانت ستوقة لا تبطل الوكالة لانها ليست
من جنس الدراهم فتتعلق الوكالة بالمسمى • ولو وزن الف درهم بين يديه
واراه وقال اشتر لي امة بهذه الالف الفلوس او المائة الدنانير تعلقت بالمشار اليه
لانهما علما بحاله وعلم كل واحد بعلم صاحبه وتجعل الدنانير مجازا عن المدح وذكر
الفلوس مجازا عن الذم • وان لم يدفع اليه الآمر حتى هلكت او صرفها الآمر الى حاجة
نفسه بقيت وكالته لانها لا تتعين قبل النقد • ولو قال خذ هذه الالف الدراهم
التي في هذا الكيس مضاربة بالنصف ودفع وهي زيوف ان علما وعلم كل واحد بعلم الآخر
فالمضاربة بها • وان لم توجد العلوم فهي بالجياد • فلو اشترى بالف ونقد الزيوف
ورضي بائعه صح والزيوف راس المال • وان ابى رجع بالجياد على الآمر • وان هلكت
الزيوف قبل الشراء بطلت المضاربة • ولو كان في الكيس ستوقة فافترقا فسدت
المضاربة • لان قبض الستوقة لا يصح عن الدراهم وبقي وكيلا • فلو اشترى له به آخر
مثله • ولو كان في الكيس خمسمائة جياد فاشترى امة تساوي الفا بالالف فنصفها
للمضاربة ونصفها للآمر ولا اجر • لان قبض راس المال شرط للصحة ولم يوجد
الا في النصف • رجل قال لغيره بعني هذا الشيء بهذه الدراهم فباعه وقبض فاذا
هي زيوف فان علم بها وقت البيع صح قبضه وان لم يدر مشتريه ويكفي علم البائع
لان الحق له • فاذا علم به ورضي يجوز وان لم يعلم رد عليه ورجع بالجياد • ولو كان
ستوقا فشرط رضاهما لانه ليس من جنس الدراهم وكان قبضه بدلا عن الدراهم
فكان استبدالا محضا فلا يصح الا بالتراضي • ولو قال بع عبدي هذا بعبد او بكر بر

أو اشترى لي به عبدًا أو عشرة أثواب هروية • أو أجّر داري هذه بعبد أو بعشرة أثواب هروية صح التوكيل وانعقد بمثل قيمته وأجر مثلها في الإجارة • حتى لو اشترى الوكيل به عبدًا بعينه أو أجّر الدار بعبد بعينه قيمته مثل قيمة العبد ومثل أجر مثل الدار أو أقل بغبن يسير صح • ولا يصح بغبن فاحش قيل هذا قولهما • لأن الوكيل لا يملك البيع بغبن فاحش والصحيح أنه قول الكل لأن هذا يقع معاوضة • فكان كل واحد بائعًا من وجه مشتريًا من وجه • وإن باعه بعبد بغير عينه أو أجّر الدار بعبد بغير عينه لا يصح • لأن الحيوان لا يجب دينًا في الذمة في معاوضة مال بمال بخلاف معاوضة مال بما ليس بمال كالخلع والإعتاق على مال والصلح عن دم عمد والكتابة وكذا لو باع العبد أو أجّر الدار بكر بر غير عين أو عشرة أثواب هروية بغير عينها وبين الصفة والأجل صح وينفذ بمثل أجر مثل الدار • الوكيل بالشراء إذا اشترى من يعتق على الآمر لقرابة أو حلف نفذ على الآمر • لأن الأمر مطلق وتخليص رقبة القريب عن ذل الرق يصلح مقصودًا كالاستخدام فلا يتقيد المطلق بالشك • فلو قال أطأها أو استخدمها أو أبيعها لا ينفذ على الآمر وينفذ على المأمور لوجود القيد • والله أعلم

كتاب الدعوى

يقال ادعى زيد على عمرو مالًا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ والمصدر الادعاء افتعال من دعا والدعوى على وزن فعلى اسم منه وألفها للتأنيث فلا ينون يقال دعوى باطلة أو صحيحة وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى • والدعوى في الحرب أن يقال الناس بالفلان • وأما قوله تعالى دعواهم فيها سبحانك اللهم فمعنى ذلك الدعاء • وحقيقتها في جميع المواضع أن تدعو إلى نفسك أو لنفسك والدعوة بالفتح المدعاة وهي المأدبة وبالكسر في النسب والمدعي من يقصد إيجاب الحق على غيره ولا حجة له لكنها إضافة الشيء إلى نفسه وشرط جوازها مجلس القضا فالدعوى في غير مجلس القضا لا تصح حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه • وحكمها وجوب الجواب على المدعى عليه ومعرفة الفرق بين المدعي والمدعى عليه من أهم ما يحتاج إليه في هذا الكتاب • وقوله من المدعي من إذا ترك ترك أي لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه بخلافه أي يجبر على الخصومة إذا تركها حد صحيح • وقيل المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقًا بقوله بلا حجة كذي اليد فإنه إذا قال هو لي كان مستحقًا له ما لم يثبت الغير استحقاقه • وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر كما إذا ادعى دينًا بوجه من الوجوه على آخر فأنكر فالبينة على المدعي لدعواه أمرًا عارضًا وهو شغل ذمته بحقه • والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالأصل وهو براءة ذمته فإن أقر بالدين وقال قد قضيته إياه كان هو المدعي لأن القضا يعترض على الوجوب فهو الذي يدعي أمرًا عارضًا الآن • وكذا إذا ادعى الإيفاء والإبراء والتأجيل فهو المدعي لأن الإبراء مفرغ للذمة بعد اشتغالها باتفاقهما والتأجيل

موجب

موجب للمطالبة بعد تقرره بسبب توجه المطالبة باتفاقهما فهو الذي يدعي أمرًا عارضًا فعليه البينة وعلى الآخر اليمين • وقال محمد رحمه الله في الأصل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعي وهذا صحيح ولكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من أصحابنا • إذ الاعتبار للمعاني دون الصور والمباني • فإنه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو إنكار معنى كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإنه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان معنى • ولهذا يحلفه القاضي إذا ادعى الرد أنه لا يلزمه رد ولا ضمان • ولا يحلفه على أنه رده لأن اليمين أبدًا تكون على النفي فإن قيل المودع بدعوى الرد متمسك بما ليس بثابت إذ الرد لم يكن ثابتًا وهو يدعيه فكان ينبغي أن يكون المودع مدعيًا والمودع مدعى عليه • قلنا المودع يدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو أصل • والمودع يدعي شغل ذمته وإن لم يكن ثابتًا • ولهذا لا تقبل بينته إذا أقامها اعتبارًا للصورة وتجبر على الخصومة ويحلف اعتبارًا للمعنى • ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئًا معلومًا في جنسه وقدره اعلم أن الدعوى نوعان صحيحة وفاسدة • فالصحيحة ما يتعلق بها أحكامها وهو إحضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين إذا أنكر والإثبات بالبينة ولزوم إحضار المدعى • والفاسدة ما لا يتعلق بها الأحكام التي بيناها وفساد الدعوى بأحد معنيين إما أن لا تكون ملزمة شيئًا على الخصم إذا ثبتت كمن ادعى على غيره أنه وكيله أو يكون المدعى مجهولًا في نفسه • لأن فائدة الدعوى الإلزام بواسطة إقامة الحجة والإلزام لا يتحقق في المجهول • لأن القاضي لا يتمكن من القضا بالمجهول ببينة المدعي ولا بنكول المدعى عليه • فإن كان المدعى عينًا في يد المدعى عليه كلف إحضارها ليشير إليها في الدعوى كما في الشهادة والاستحلاف • لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط وذا في المنقولات بالإشارة لأنها أبلغ أسباب التعريف • حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه حضر الحاكم عندها أو بعث أمينًا وإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلومًا لأن الأعيان تتفاوت والشرط أن تكون الدعوى في معلوم وقد تعذرت مشاهدة عينها فوجب أن يذكر قيمتها ليصير معلومًا • وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والأنوثة وقال القاضي فخر الدين رحمه الله وصاحب الذخيرة فيها وإن كان العين غائبًا وادعى أنه في يد المدعى عليه وأنكر إن بين المدعي قيمته وصفته تقبل دعواه وتسمع بينته • وإن لم يبين القيمة فقال غصب مني عين كذا ولا أدري أنه هالك أو قائم ولا أدري كم كانت قيمته ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به • ولو كان المدعى عقارًا ذكر حدوده لتعذر التعريف بالإشارة لأنه مما لا ينقل فيصار إلى التحديد إذ العقار يعرف به ويذكر الحدود الأربعة فإن ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافًا لزفر رحمه الله • له أن التعريف

لم يشتر. ولنا أن للأكثر حكم الكل بخلاف ما لو غلط في الرابعة لأنه يختلف به المدعى
ولا كذلك بين لها. ونظيره إذا ادعى شراء بثمن منقود فإن الشهادة تقبل عليه وإن سكتوا
عن جنس الثمن. ولو ذكروا ذلك فاختلفوا لم يقبل. وكما يشترط التحديد في
الدعوى يشترط في الشهادة. وإن ذكر ثلاثة من الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم
عندنا خلافا لزفر لما مر. ويذكر أسماء أصحاب الحدود وأنسابهم ولا بد من ذكر الجد
لأن تمام التعريف به على ما عرف. وإن كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره. وفي الدار
لا بد من التحديد وإن كانت مشهورة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يشترط
لأن الشهرة مغنية عنه. وله أن قدرها لا يصير معلوما إلا بالتحديد. ويذكر
أنه في يد المدعى عليه لأنه إنما يصير خصما بكونه في يده فإذا لم يكن في يده فلا خصومة
بينهما. ولا تثبت اليد في العقار بتصادق المدعي والمدعى عليه أنه في يده بل تثبت
بالبينة أو علم القاضي في الصحيح فربما يكون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك
بخلاف المنقول لأن اليد فيه معاين. ويذكر أنه يطالبه به لأن المطالبة حق المدعي
فيشترط المطالبة ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا بالثمن في يده وإنما
يزول هذا الاحتمال بالمطالبة ولهذا قالوا في المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق.
وإن كان دينا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا. ولا بد من تعريفه بالوصف لأن
الدين يعرف به. وإذا صحت الدعوى يسأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم
إذ الحكم بالبينة يخالف الحكم بالإقرار. فإن أقر قضى عليه بها. وإطلاق لفظ القضاء توسع
لأن الإقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي إلزاما بالخروج عن
موجب ما أقر بخلاف البينة لأنها إنما تصير حجة باتصال القضاء بها. وإن أنكر طلب
القاضي من المدعي البينة على دعواه. لأن الأصل في فصل الخصومة البينة. ولهذا بدأ
رسول الله صلى الله عليه وسلم بها حيث قال للمدعي ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل
ورتب اليمين على عدم البينة فلا بد من السؤال عن البينة ليتمكن من الاستحلاف. فإن
أحضر البينة قضى عليه لأنه نور دعواه بالبينة فهي فعيلة من البيان لأنها دلالة واضحة
يظهر بها الحق من الباطل. وقيل هي فعيلة من البين إذ بها يقع الفصل بين الصادق
والكاذب. وإن عجز عن إقامة البينة استحلفه القاضي إذا التمس المدعي ذلك لما روينا.
وإنما شرط طلبه لأن اليمين حق المدعي قبل المدعى عليه إذ الإضافة بحرف اللام المنبئة
للاختصاص تنصيص على أن اليمين حق المدعي. والفقه فيه أن المدعي يزعم أنه أتوى حقه
بإنكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الأمر كما زعم يكون أتوى بمقابلة أتوى فإن اليمين
الفاجرة تدع الديار بلاقع. وإلا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم
والتفخيم صادقا ولا يتضرر به بوجه والله أعلم.

باب اليمين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى

وقال

وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف لعموم قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من
أنكر. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه عليه السلام قال للمدعي ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه
فإنما جعل له يمين الخصم عند عدم الشهود فلا يكون له عند وجود الشهود كما لو كانت
البينة حاضرة في المجلس. ومحمد رحمه الله مع أبي حنيفة رحمه الله في رواية ومع أبي يوسف
رحمه الله في رواية. ولا ترد اليمين على المدعي. وعند الشافعي رحمه الله إذا لم يكن للمدعي
بينة أصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل ترد اليمين على المدعي وإن حلف قضي به
وإلا لا. لأن الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فتعتبر يمينه كالمدعى عليه. وكذا
إذا أقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه ترد اليمين عليه. فإن حلف
قضي له بما ادعى وإن نكل لا يقضى له بشيء. لأنه عليه السلام قضى بشاهد ويمين. وعندنا
يستحلف المدعى عليه فقط ويقضى عليه بالنكول. لقوله عليه السلام البينة على المدعي
واليمين على من أنكر. ومطلق التقسيم يقتضي انتفاء مشاركة كل واحد منهما عن قسم
صاحبه فيدل على أن جنس الأيمان في جانب المدعى عليه ولا يمين في جانب المدعي إذ الألف
واللام لاستغراق الجنس. فمن جعل بعض الأيمان حجة للمدعي فقد خالف النص وحديث
الشاهد واليمين غريب ومداره وبناه مشهور تلقته الأمة بالقبول حتى صار في حيز التواتر
فلا يعارضه على أن يحيى بن معين رحمه الله قد رده. ولا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق
وبينة الخارج أولى. وقال الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى من بينة الخارج فيقضى
ببينة ذي اليد لتأكدها باليد لأنها دليل الملك. ولهذا لو تنازعا في دابة وكل واحد
يدعي أنها دابته نتجت في ملكه فأقاما البينة يقضى ببينة ذي اليد. ولو برهنا على نكاح
امرأة والمرأة في يد أحدهما لا تقبل بينة الخارج. ولو ادعى كل واحد منهما أنها أمته دبرها
أو أعتقها أو استولدها يقضى ببينة ذي اليد. ولنا أن البينات شرعت للإثبات لأنها وإن
كانت في التحقيق مبينة مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والأحكام عندنا تثبت
بأسبابها أخذت البينة حكم الإثبات كالعلل الشرعية فإنها أمارات في حق الشرع. وفي حقنا
لها حكم الإثبات. ولهذا أوجب الضمان على الشهود عند الرجوع. لأن الحكم مضاف إلى شهادتهم
إيجابا وبينة الخارج أكثر إثباتا. لأنه يستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر
يده. وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيئا لأنه لا ملك للخارج بوجه فكانت أولى بالقبول
لأن البينات للإثبات فتطلب الترجيح أولا من حيث الثبوت. فإن استويا فحينئذ باليد
كما في النتاج فإنهما استويا في الإثبات فإن كل واحد من البينتين تثبت أولية الملك
لصاحبه. وكذا اليد لا تدل على الإعتاق والتدبير والاستيلاد والولاء. فاستوت البينات
في الإثبات فترجح بينة ذي اليد بيده. ولأن الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالخبر
إذ الخبر يدل على أن جنس البينات في جانب المدعي قضية حرف الاستغراق فلا تبقى بينة في
جانب المدعى عليه إذ ليس وراء الجنس شيء. وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي بالمال للمدعي.

على المدعى عليه بسبب النكول عندنا • وعند الشافعي رحمه الله لا يقضي به بل ترد اليمين
على المدعي فإن حلف المدعي أخذ المال وإن أبى انقطعت المنازعة بينهما لأن النكول محتمل
فيحتمل أن يكون تورعا عن اليمين الكاذبة • ويحتمل أن يكون ترفعا عن اليمين الصادقة
كما فعله عثمان رضي الله عنه فقال خشيت أن يوافق القدر يميني فيقال حلف كاذبا
فأصيب باليمين الكاذبة • ويحتمل أن يكون لاشتباه الحال والمحتمل لا يكون حجة ويمين المدعي
دليل الظهور لما كانت يمين المدعى عليه فصرنا إليها • ولنا أن اليمين واجبة عليه لقوله
عليه السلام واليمين على من أنكر • وترك هذا الواجب بالنكول دليل على أنه باذل أو مقر • إذ لو لم
يكن كذلك لأقدم على اليمين تقصيا عن عهدة الواجب ودفعا للضرر عن نفسه سد المدعي
والشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فترجح هذا الجانب
في نكوله • وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات فإن حلفت وإلا قضيت
عليك بما ادعى • وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو مجتهد فيه فكان مظنة الخفاء فإذا كرر
العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول • والتكرار في عرض اليمين لازم في المروي عن
أبي يوسف رحمه الله والجمهور على أنه للاحتياط • حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في
الصحيح • ولا بد أن يكون النكول في مجلس القضاء • وهل يشترط القضاء على فور النكول
فيه اختلاف • ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن سكت وحكمه
حكم الأول إذا علم القاضي أنه لم يكن من طرش أو خرس في الصحيح • ثم عند أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله يستحلف في النكاح بأن ادعى رجل على امرأة أو هي عليه نكاحا والآخر
منكر • والرجعة بأن ادعت عليه أو هو عليها بعد العدة أنه راجعها في العدة وأنكر
الآخر والاستيلاد بأن ادعت أمة على سيدها أنها ولدت منه هذا الولد وولدا قد مات
وأنكر ولا يتأتى من الجانب الآخر إذ لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد بإقراره ولا يعتبر
إنكارها والرق بأن ادعى على مجهول أنه عبده أو المجهول ادعى عليه أنه عبده وأنكر
الآخر • والنسب بأن ادعى على معروف أنه معتقه ومولاه أو ادعى المعروف ذلك عليه
أو كان ذلك في ولاء الموالاة وأنكر الآخر • وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يستحلف
في هذه الأشياء • ولا يستحلف في الحدود واللعان عندهم • وصورة اللعان أن تدعي
المرأة عليه القذف بالزنا ووجوب اللعان وهو ينكر • ولهما أن هذه حقوق تثبت
مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالأموال • وعكسها الحدود وهذا لأن فائدة الحلف
ظهور الحق بالنكول والنكول إقرار • لأن الحلف لما وجب فتركه دليل على أنه باذل
أو مقر • ولا يمكن أن يجعل باذلا بدليل أن النكول يعتبر من المأذون والمكاتب
وهما لا يملكان البذل فيجعل مقرا ضرورة • والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه
إقرار فيه شبهة لأنه سكوت في نفسه والسكوت محتمل فلا يكون حجة فيما يسقط
بالشبهات واللعان حد لأنه واجب فأشبه حد القذف • وله أن النكول بذل وإباحة

وهذه

وهذه حقوق لا يجري فيها البذل فلا يقضى فيها بالنكول كالقصاص في النفس • وعكسها الأموال
وهذا لأنا لو حملناه على الإقرار لكذبناه في الإنكار ولو جعلناه بذلا لقطعنا
الخصومة بلا تكذيب فكان هذا أولى صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب • والبذل لا يجري
في هذه الأشياء • فإن المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي
لا يعمل بذلها • وكذا لو قال لست بابن فلان ولا مولى له بل أنا حر الأصل
ولكن هذا يؤذيني بالدعوى فأبحت له أن يدعيني • وكذا لو قال أنا حر الأصل
ولكن أبذل نفسي ليسترقني لا يعمل بذله أصلا • بخلاف المال فإنه لو قال هذا المال
ليس له ولكني أبحته وأبذله له لأتخلص من خصومته صح بذله • فالحاصل أن كل
محل يقبل الإباحة بالإذن ابتداء يقضى عليه بنكوله وما لا فلا • وإنما اعتبر النكول
من العبد المأذون والمكاتب وإن كان النكول بذلا لأنه بذل لضرورة دفع الخصومة
فلا يجد أن بدا منه فيملكانه كالضيافة اليسيرة • فإن قيل لو كان بذلا لما جرى في
الدين لأن محله الأعيان لا الديون إذ البذل والإعطاء لا يجريان في الأوصاف والدين
وصف في الذمة • قلنا البذل هنا ترك المنع كأن المدعي يأخذه منه بناء على زعمه
أن يأخذ حق نفسه ولا مانع له وأمر المال هين • بخلاف النكاح ونحوه • فإن قيل
هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من أنكر
قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس • قال القاضي
فخر الدين رحمه الله في الجامع الصغير الفتوى على قولهما • وقيل ينبغي للقاضي أن ينظر
في حال المدعى عليه فإن رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وإن كان مظلوما لا يحلفه
أخذا بقوله • ويستحلف في السرقة فإن نكل ضمن ولا يقطع لأنه في السرقة يدعي المال
والحد وإيجاب الحد لا تجامعه الشبهة وإيجاب المال تجامعه الشبهة فيثبت به كما
يثبت بشهادة رجل وامرأتين فإنه لا يثبت القطع ويضمن • وإذا ادعت المرأة طلاقا
قبل الدخول يستحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر عندهم • لأن الاستحلاف يجري ق
في الطلاق إجماعا خصوصا إذا كان المقصود المال • وكذا في النكاح إذا ادعت الصداق
أو النفقة لأنه دعوى المال فيثبت بنكوله لا النكاح • وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث
والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هو الإرث إذا قال
المدعي أنه أخ المدعى عليه • والحضانة إذا ادعى حجرا بأن قال هذا الصغير الذي التقطته
أخي وولاية الحجر عليه وأنكر ذو اليد • والنفقة إذا قال المدعي وهو زمن إنه أخ
المدعى عليه فافرض لي عليه النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا المدعي أخاه وبطلان
حق الرجوع بأن أراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فإنه يستحلف
المدعى عليه على ما يدعي من النسب بالإجماع • ولكن إن نكل يثبت ما ادعى من المال بيانه
أو الحق لا النسب وإنما يستحلف في النسب المجرد عندهما إذا كان نسبا يثبت بإقرار

ان اقرار الرجل يصح بالاب والابن والزوجة والمولى واقرار المراة يصح بالاب
والزوج والمولى ولا يصح بالابن لان فيه تحميل النسب على الغير فكان اقرارا على الغير
فلا يصح فلو ادعى رجل انه ابوه او ابنه ولم يدع مالا بسببه يستحلف عندهما لانه
لو اقر به يثبت فيستحلف لرجاء النكول الذي هو اقرار وان ادعى انه اخوه او عمه
او ما اشبه ذلك لا يستحلف المدعى عليه لانه لو اقر به لا يثبت لان فيه تحميل النسب
على الغير ومن ادعى على غيره قصاصا فجحده استحلف اجماعا فان نكل فيما دون النفس
اقتص منه فان نكل في النفس لم يقض بشيء ولا دية ويحبس حتى يقر او يحلف وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه الدية فيهما ولا يقضى بالقصاص لان القصاص فيما
دون النفس عقوبة تندرئ بالشبهات فلا تثبت بالنكول كالقصاص في النفس وهذا
وان كان النكول اقرارا عندهما ففيه شبهة لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين
الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بدلا واذا امتنع القود تجب الدية بخلاف ما اذا اقام
على ذلك رجلا وامراتين والشهادة على الشهادة فانه لا يقضى بشيء لان الاصل فيه ان المال
مشروع فيه اذا اضيف التعدي الى من عليه اعتبارا بالخطا واذا اضيف الى الولي لا يجب المال
وهنا اضيف التعدي الى من عليه حيث لم يصرح بالاقرار فاشبه الخطا وثم اضيف الى الولي
الذي اقام تلك البينة فلم يجب المال ونظيره اذا اقر بالخطا والولي يدعي العمد يجب المال
وبالعكس لا يجب المال فيستوفى بالنكول كالمال وهذا لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس
الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطع لا يضمن شيئا وهذا اعمال للبذل وانما لم
يحل لعدم الفائدة والمال كذلك اذا لم يتضمن اتلافه نفعا اذا كان مفيدا بان
وقع في يده اكلة فقال لاخر اقطعها حل له قطعها ولو قطعها لا يجب عليه شيء والبذل
هنا مفيد لانه يصير متورعا عن اليمين الصادقة وتندفع خصومته عنه فصار كقلع
السن للوجع واما الكلام في النفس فهما يقولان ان النكول دليل فيه شبهة
فلا يصلح للقود ووجب المال اعتبارا بالخطا وهو يقول ان النفس ليست محل البذل
فلا يصح اتلافها بالنكول الذي هو بذل الا ترى انها معصومة وسائر نعيم الدنيا
يتبعها ومن قال لاخر اقتلني فقتل لم يهدر فعله واذا امتنع القود واليمين
حق مستحق فيحبس كما في القسامة اذا امتنع احد من اليمين يحبس حتى يحلف لان
اليمين فيها مستحقة تعظيما لامر الدم لانها مهلكة بعين صالحة للتعظيم شرعا
واذا قال المدعي لي شهود حضور في المصر وطلب حلفه لم يحلف عند ابي حنيفة رحمه الله
وقد بيناه ولكن يقال لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب فيبطل
حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى تحصل فائدة التكفيل
وهو الاستيثاق واخذ الكفيل بعد اقامة البينة قياس واستحسان وقبل

اقامتها

اقامتها بمجرد الدعوى استحسان عندنا اذ فيه نظر للمدعي حتى لا يغيب فيتمكن
من اقامة البينة عليه ويتمكن القاضي من القضاء عليه فيحصل احياء حق المدعي وليس
في التكفيل كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر وان
كان من قصده الاختفاء كان ظالما فلا ينظر له فيكفل احتياطا اذ الكفالة تعتمد
الوجوب والحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى ولهذا اجاز اعداء الخصم بطلب المدعي
ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي
عن ابي حنيفة وهو الصحيح وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقدر بما بين مجلسي القاضي
ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله
انه ان كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء
الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل
ولا بد للتكفيل من قوله لي شهود حضور في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي
غيب لا يكفل لانه لا فائدة فيه فان ابى ان يعطيه كفيلا لازمه اي دار معه حيث
سار حتى لا يغيب ولو كان غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى
اخر المجلس لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على هذا اضرارا به بمنعه عن السفر
ولا ضرر في هذا القدر ظاهرا وله ان يطلب وكيلا بخصومته حتى لو غاب الاصيل
يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل
بنفس الوكيل واذا اعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل
حتى لو كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل فلو اخذ
كفيلا بالمال له ان يطلب كفيلا بنفس الاصيل لان الاستيفاء من الاصيل قد يكون
ايسر وان كان منقولا له ان يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبه
المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا تقبل التغييب وصح ان يكون
الواحد كفيلا بالنفس ووكيلا بالخصومة لان الواحد يقوم بهما فلو اقر وغاب فقضي
لان ذلك قضاء لغائبه ولو اقيمت البينة ولم يترك فغاب المشهود عليه فزكيت لا يقضى عليه
حال غيبته في ظاهر الرواية لانه له حق الجرح في الشهود وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضى
وبه اخذ الخصاف رحمه الله

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت
فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر ولا يحلف بالطلاق والعتاق لما روينا
وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بالطلاق لقلة مبالاة الناس باليمين
بالله تعالى وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق ويغلظ بذكر اوصافه نحو قوله قل والله الذي
لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان
هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد

في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط فلا يذكر بلفظ الواو كيلا تتكرر
اليمين إذ المستحق عليه يمين واحدة وإن شاء القاضي لم يغلظ فيقول والله أو بالله وهذا
لأن المقصود منه النكول وأحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع إذا غلظ عليه اليمين
ويتجاسر إذا لم يغلظ فكان الرأي في ذلك إلى القاضي إن شاء اكتفى باليمين بالله تعالى وإن شاء
غلظ بذكر الصفات وقيل لا يغلظ على الرجل المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره
وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير ويحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة
على موسى عليه السلام والنصراني بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي
بالله الذي خلق النار فيغلظ على كل واحد بما يعتقد تغليظ اليمين به ليكون رادعا
له عن الإقدام على اليمين الكاذبة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف أحد إلا بالله
خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه في التعظيم وذكر الخصاف رحمه الله أنه لا يحلف
غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا رحمهم الله لما في ذكر النار في اليمين
من تعظيم ذكر النار لأن اليمين تشعر به ولا ينبغي أن تعظم النار بخلاف التوراة والإنجيل
لأن كتب الله واجبة التعظيم ولا يحلف الوثني إلا بالله إذ الكفرة مع اختلاف نحلهم
يعترفون بالله تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله
ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لأن فيه تعظيمها والقاضي ممنوع عن أن يحضرها ولا
يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان وقال الشافعي رحمه الله إن كانت اليمين
في قسامة أو لعان أو في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا تختص بالمكان فبين الركن
والمقام في مكة وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة وفي مسجد الجامع في
غيرهما والمسجد إن لم يكن ثم جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة ولنا إطلاق قوله
عليه السلام واليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة عليه ولأن في
تكليف القاضي حضورها حرجا بينا وهو مدفوع بالنص وفي التغليظ بالزمان تأخير
حق المدعي في اليمين إلى ذلك الزمان ولأن اليمين سبب لقطع الخصومة فلا تختص بهما
كالبينة وينبغي أن يحلف على الحاصل أي بالله ما بينكما بيع قائم أو نكاح قائم وما يجب
عليك رده وما هي بائن منك الآن في دعوى البيع والنكاح والغصب والطلاق والأصل
أن الدعوى إذا كانت في سبب يرتفع بعد وقوعه كالبيع والنكاح والغصب
والطلاق فإن اليمين تكون على الحاصل لا على السبب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى
إذا ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد حلف بالله ما بينكما بيع قائم ولا يحلف بالله
ما بعت فلعله باع ثم أقال وفي دعوى النكاح يحلف بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال
ولا يحلف بالله ما نكحت فلعله نكحها ثم خلعها أو أبانها وفي دعوى الغصب يحلف بالله ما
يجب عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت فلعله غصب ثم سلم أو ملك بالهبة أو بالبيع
وفي دعوى الطلاق يحلف بالله ما هي بائن منك الساعة ولا يحلف بالله ما طلقتها فلعله طلقها

ثم راجعها

ثم راجعها أو نكحها فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب يتضرر
المدعى عليه وهذا لأنه لو حلف على نفي أصل السبب كالبيع ونحوه يكون كاذبا ولو لم يحلف
يجب تسليم العبد العائد إلى ملكه بالإقالة لأنه لو ادعى المعنى الطارئ لم يقبل
قوله وإذا حلف على الحاصل فقد وفى المدعي والمدعى عليه حقهما لعلمنا أن مقصود المدعي
من دعوى البيع ونحوه ثبوت الحكم ومتى أمكن إيفاء حقهما كان أولى من إيفاء
حق أحدهما وإتواء حق الآخر وعند أبي يوسف رحمه الله يحلف في الجميع على السبب
لأن اليمين تستوفى لحق المدعي فيجب أن تكون مطابقة لدعواه والمدعى هو السبب
إلا إذا عرض بما ذكرنا بأن يقول المدعى عليه إذا عرض القاضي عليه اليمين أيها القاضي
قد يبيع الإنسان شيئا ثم يقيله فحينئذ يحلف القاضي على الحاصل وعنه أنه ينظر
القاضي إلى إنكار المدعى عليه إن أنكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب وإن
أنكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه أكثر القضاة قال فخر الإسلام
رحمه الله يفوض إلى رأي القاضي ثم التحليف على الحاصل هو الأصل عندهما إذا كان
سببا يرتفع برافع إلا إذا كان فيه ترك النظر فحينئذ يحلف على السبب إجماعا وذلك
بأن تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها أو ادعى شفعة على الجوار والمشتري ممن
لا يراها بأن كان شافعيا إذ لو حلف على الحاصل بالله ما لها عليك من النفقة أو ما هو
مستحق الشفعة يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي وإن كان
سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب إجماعا كالعبد المسلم إذا ادعى إعتاقه على مولاه
وجحد المولى يحلف على السبب بالله ما أعتقه لأنه لا ضرورة إلى التحليف على الحاصل إذ لا
يجوز أن يعود رقيقا بعد العتق بخلاف الأمة والعبد الكافر فإنه يحلف فيهما على
الحاصل أي ما هي حرة ولا هو حر في الحال لأنه يمكن تكرر الرق على الأمة بالردة واللحاق
والسبي وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا يتكرر على العبد المسلم وعلى العلم في الإرث
أي لو ورث رجل عبدا فادعى رجل أنه له ولا بينة للمدعي وأراد استحلاف الوارث
على دعواه يحلف بالله ما يعلم أن هذا عبده وعلى البتات في الشراء والهبة أي لو وهب
رجل لرجل عبدا فقبضه أو اشترى رجل من رجل عبدا فجاء رجل وادعى أن العبد
عبده ولا بينة له فأراد استحلاف المدعى عليه يحلف على البتات والأصل أن التحليف
في الشرع على نوعين على البتات وعلى العلم وكلاهما مشروع فإنه عليه السلام حلف اليهود
في القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وهذا لأن التحليف إنما يصح على ما يبلغ علم من
يستحلف وأما أن يكلف ما لا علم له فلا لأنه يمتنع منه شرعا فيبطل حقه أو يفعله فيصير
إطلاقا للباطل ثم المشتري أو الموهوب له ملكه بسبب شرعي وضع له وهو يفيد
علما بأنه ملكه فيصح تحليفه على البتات لوجود المطلق فإن أبى فقد نكل عما علمه
له فصار باذلا وأما الوارث فلا علم له بما صنع مورثه ظاهرا فلو حلفناه على البتات لامتنع

عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به ولو طولب بالعلم إن كان له فإذا لم يفعل مع الإمكان
صار باذلا. والضابط أن التحليف على فعل نفسه يكون على البتات وعلى فعل غيره على العلم.
فإن قيل لا يستقيم هذا فلو ادعى عليه رجل إباق عبد وباعه والمدعى عليه ينكر الإباق
فإنه يحلف على البتات وإن كان الإباق فعل غيره. قلنا المدعي يدعي تسليم عبد سليم
عن العيب وهو ينكر لأنه فعله. وقيل التحليف على فعل الغير يكون على العلم إلا إذا كان
سببا يتصل به فحينئذ يحلف على البتات فخرج على هذا فصل الرد بالعيب لأن ذا مما يتصل
به إذ تسليم العبد سليما واجب على البائع. ادعى على آخر مالا فأنكر فاستحلف فافتدى
يمينه بمال أو صالح عن يمينه على مال فهو جائز لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه ادعي عليه
مالا أن يعطون درهما فأعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف. وعن حذيفة رضي الله عنه
أنه افتدى يمينه بمال. ولأنه لو حلف يقع في القيل والقال فإن الناس بين مصدق ومكذب
فإذا افتدى يمينه فقد صان عرضه وهو حسن قال عليه السلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم
وليس للمدعي أن يستحلفه بعد ذلك أبدا لأنه أسقط خصومته بأخذ البدل منه. والله أعلم

باب التحالف

إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن أو المبيع بأن ادعى
المشتري ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من الثمن وادعى المشتري أكثر منه
أو اختلف الزوجان في المهر وادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجني بألفين فأيهما
أقام البينة قضي له لأنه نور دعواه بالحجة فبقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة
أقوى منها لأنها تلزم على القاضي الحكم والدعوى لا تلزم. وإن أقاما البينة فالبينة للزيادة أولى
لأن البينات شرعت للإثبات وفي الزيادة لا معارضة. ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا بأن ادعى البائع أكثر مما يدعيه المشتري من الثمن وادعى المشتري أكثر مما
أقر به البائع من المبيع في حالة واحدة أولى في الثمن لأنها أكثر إثباتا وبينة المشتري أولى
في المبيع لأنها أكثر إثباتا. وإن لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري إما أن ترضى
بالثمن الذي ادعاه البائع وإلا فسخنا عليك البيع وقيل للبائع إما أن تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع وإلا فسخنا البيع لأن الغرض قطع الخصومة وقد أمكن ذلك برضى أحدهما
بما يدعيه الآخر عليه. فيجب أن لا يعجل القاضي بالفسخ حتى يسأل كل واحد منهما عما يختاره.
فإن لم يتراضيا استحلف القاضي كل واحد منهما على دعوى الآخر. وأصله أن التحالف قبل
القبض حال قيام السلعة على وفق القياس لأن البائع يدعي على المشتري زيادة الثمن والمشتري
ينكره والمشتري يدعي على البائع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا والبائع ينكره فكان
كل واحد منهما منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس. أما التحالف بعد قبض الثمن فعلى خلاف
القياس عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المبيع سلم للمشتري فلا يكون مدعيا
على البائع شيئا فبقي دعوى البائع على المشتري زيادة الثمن وهو ينكره وإنما يثبت التحالف
بعد القبض لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا.

ويبدأ بيمين المشتري في الصحيح هو المروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وهو قول
زفر رحمه الله ومحمد رحمه الله لأنه أقواهما إنكارا لأنه المطالب أولا بالثمن فيكون هو البادئ باليمين
فيبدأ بيمينه. ولأن اليمين إنما شرعت لفائدة النكول حتى لا يستحلف فيما لا يستوفى بالنكول
ونكول المشتري يتعجل فائدته وهو تسليم الثمن ونكول البائع تتأخر فائدته لأن
تسليم المبيع يتأخر إلى زمان استيفاء الثمن لأنه يقال له أمسك المبيع حتى تستوفي الثمن فكان
تقديم ما يتعجل فائدته بالنكول أولى. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع لقوله
عليه السلام إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر فكان ينبغي أن
يكتفى بيمينه فإن تقاصر عن إفادة ذلك فلا يتقاصر عن إفادة التقديم. وقيل يقرع بينهما
وقيل يبدأ بيمين الزوج في النكاح وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تتعجل فائدة
النكول كما في المشتري. وقد ذكرناه في النكاح أنه يقرع بينهما في البداية وهذا إذا كان
بيع عين بدين. فإن كان بيع عين بعين أو ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين أيهما شاء لاستوائهما
في فائدة النكول. وصفة التحالف أن يحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ويحلف البائع
بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه
بألف فيضم الإثبات إلى النفي للتأكيد والاحتياط. بيانه أنه لو حلف المشتري بالله
ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف يحلف ويكون بارا في يمينه فلعله اشتراه بألف وتسعمائة
فيبطل حق البائع في الزيادة. وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف دينار يحلف لجواز
أنه باعه بألف درهم ويكون صادقا في يمينه أنه لم يبع بألف درهم فيبطل حق المدعي والأصح
الاقتصار على النفي لأن الأيمان وضعت للنفي كما في حديث القسامة ولا عبرة
بذلك الوهم لأن البائع لو كان باعه بألف وتسعمائة لا يدعي البيع بألفين لأنه يعلم أن
المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي من الحلف على ألف لأنه لا يحنث في يمينه. وكذا
المشتري لو كان اشترى بألف درهم لأنه يدعي الشراء بألف لأنه يعلم أن البائع لا يبالي
بالحلف على ألف لأنه لا يحنث في يمينه. فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما إن طلبا أو طلب
أحدهما. وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الأول لأنهما لما حلفا لم يثبت ما
ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة بينهما
ولأنهما إذا حلفا لم يثبت البدل لتعارض قوليهما فيبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد في رواية
ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد. ولا يفسخ النكاح لأن أثر التحالف في بطلان التسمية. وذا
لا يخل بصحة النكاح إذ المهر تابع فيه وفي البيع عدم التسمية يفسده كما بينا وأيهما نكل
عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه صار مقرا بما يدعيه خصمه أو باذلا له. ثم إذا لم يفسخ النكاح
يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما قال الزوج أو أقل قضي بقوله بشهادة الظاهر. وإن كان مثل
ما قالته أو أكثر قضي بينهما. وإن كان بينهما بأن كان أكثر مما قاله وأقل مما قالته [٢ بقولها]
أو أكثر قضي بقولها بمهر المثل لأنه لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه للتحالف.

فقد ذكر التحالف ههنا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رحمه الله • وعند الرازي يحكم بمهر
المثل ثم يتحالفان • وقد شرحناه في كتاب النكاح • ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد
والمرأة تدعيه على هذه الامة فهي كما مر الا ان قيمة الامة اذا كانت كمهر المثل كان لها
قيمتها دون عينها لان عينها لا تملك الا بالتراضي ولم يوجد • فان اختلفا في اصل البيع او في
الاجل او في شرط الخيار او في قبض بعض الثمن او في مكان دفع السلم لم يتحالفا والقول لمنكر
العقد والاجل وشرط الخيار والقبض • اما في الاول فلانه المنفرد بانكاره • وتفسير الاخير
مر في البيوع وامثالهما في غيرهما فلانهما اتفقا على المعقود عليه والمعقود به واختلفا في امر زائد
فلا يتحالفان كما لو اختلفا في الحط والابراء بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه
حتى يتحالفان فيهما كما في القدر • ولان الاختلاف في الصفة فيما هو دين اختلاف في المعقود
به فيجري التحالف بينهما • وعند زفر رحمه الله اذا اختلف البايع والمشتري في نفي الاجل
واثباته او اختلف العاقدان في السلم في قدر الاجل تحالفا • لان النص اوجب التحالف عند
اختلاف المتبايعين ولم يفصل فيجب التحالف في الاجل كما يجب في الوصف • قلنا علق وجوب
التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف بالاختلاف
فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل • وكانه قال اذا اختلف المتبايعان
في المبيع او في الثمن تحالفا فان قيل الاجل يوجب نقصانا في الثمن فكان ذلك اختلافا في وصف
الثمن قلنا الاجل ليس بوصف للثمن بدليل ان الاجل يمضي والثمن موجود مستحق • ولو كان
وصفا له لتبعه • ولان اصل الثمن حق البايع والاجل حق المشتري • ولو كان وصفا للثمن
لكان تابعا للاصل وحقا للبايع • فان هلك المبيع ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة
رحمه الله وابي يوسف رحمه الله والقول للمشتري • وعند محمد والشافعي رحمهما الله يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك • وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او تعيب وصار بحال
لا يقدر على رده بالعيب لهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا • وهذا
النص مطلق وليس بمقيد بحال قيام السلعة بقرينة التراد • اذ المراد به تراد العوضين
لا تراد العقد لانه لا يتصور ذلك • فنقول النص معلول بعلة ان كل واحد منهما
يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره • اذ البيع يختلف باختلاف
الثمن فعدنا الى حال الهلاك ويكون التراد للقيمة لان قيمة الشيء تقوم مقامه وتندفع
الزيادة عن المشتري • ولو نكل البايع كان التحالف مفيدا • الا ترى انهما لو اختلفا في جنس
الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان بان ادعى احدهما دراهم والاخر الدنانير ويلزم
المشتري رد القيمة • ولهما قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة
بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة مذكور على وجه الشرط • والمطلق يحمل على
المقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد • والتحالف بعد القبض على خلاف القياس
ولا يتعدى الى حال هلاك السلعة • ولان حال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة

لان عند قيامهما يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه يفسخ العقد فيعود كل
واحد منهما الى راس ماله بعينه • وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة
لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف • اذ الفسخ لا يرد الا على ما ورد عليه العقد
ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعي عقدا اخر لانه لا يبالي بالاختلاف في السبب
بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان
الامر على ما زعمه او البايع فلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في الالف والالفين
بلا سبب فتكون اليمين على منكر الالف الزايدة • وهذا على خلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن
لان البايع يدعي عليه الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشرا بالدراهم والبايع ينكر
فانكاره صحيح • لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن • وههنا اتفقا على الالف
وهو يكفي على الصحة والفائدة المرعية ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليس من موجباته
بل من موجبات نكول البايع وهذا اذا كان الثمن دينا • وان كان مقايضة يتحالفان
بعد هلاك احد البدلين اذ كل واحد منهما مبيع فكان البيع قايما ببقاء البدل الاخر فيمكن
فسخه • واذا فسخ يرد مثل الهالك ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا • وان اشترى
عبدين صفقة واحدة وقبضهما ثم مات احدهما واختلفا في الثمن فقال المشتري
اشتريتهما بالف درهم وقال البايع اشتريتهما بالفي درهم لم يتحالفا عند ابي حنيفة
رحمه الله الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك • وفي الجامع الصغير القول قول المشتري
مع يمينه عند ابي حنيفة رحمه الله • الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحي ولا شيء له • وقال
ابو يوسف رحمه الله يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول للمشتري في حصة
الهالك من الثمن مع يمينه • وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة
الهالك • وعلى هذا الخلاف اذا اشترى عبدا فباع نصفه بعد القبض ثم اختلف البايع الاول
مع المشتري الاول في ثمن العبد فعند ابي حنيفة رحمه الله لم يتحالفا والقول للمشتري مع
يمينه • وعند ابي يوسف رحمه الله يتحالفان في النصف الذي بقي على ملك المشتري
على البايع بنصف قيمة العبد ويرد النصف الذي بقي على ملكه ان قبله البايع • وان ابى
بعيب الشركة يرد قيمة هذا النصف ايضا فمحمد رحمه الله مر على اصله بان هلاك جميع
المبيع عنده لا يمنع التحالف فهلاك البعض اولى • وابو يوسف يقول لو كان الكل قايما
لثبت التحالف في الكل • ولو فات الكل يفوت التحالف في الكل • فاذا فات البعض وبقي
البعض يبقى التحالف في الباقي ويفوت في الفايت اعتبارا للبعض بالكل • وهذا لان
الحكم لا يزيد على العلة وعدم التحالف بالهلاك فيتقدر بقدره • وابو حنيفة رحمه الله
يقول التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس عند قيام السلعة وهو اسم
لجميع المبيع فاذا هلك المبيع فقد فات شرطه فزال الحكم الذي تعلق به غير معقول
ولان التحالف في القايم انما يجب بحصته وهي مجهولة تعرف بالحزر والظن • ولم يشرع الا بها

فيتناول المشتري ذلك والبياع فيحلفان كما ذكرنا على التأويل إلا أن يرضى أن يترك حصة الهالك
أي لا يأخذ من ثمن الهالك شيئا أصلا ويجعل الهالك كأن لم يكن وكأن العقد لم يكن إلا على
القائم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ رحمهم الله تعالى وينصرف الاستثناء عندهم
إلى التحالف وقالوا إن المراد بقوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له أي لا يأخذ من
ثمن الهالك شيئا أصلا وقال بعض المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن الهالك بقدر
ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين
المشتري لا إلى التحالف يعني أنهما لا يتحالفان ويكون القول قول المشتري مع يمينه
إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الحي ولا يخاصمه في الهالك فحينئذ لا يحلف المشتري لأن
المشتري إنما يحلف إذا كان منكرا لما يدعيه البائع فإذا أخذ البائع الحي صلحا عن جميع
ما ادعاه على المشتري سقط دعوى البائع فلا حاجة إلى تحليف المشتري ثم تفسير التحالف
على قول محمد رحمه الله أن يحلف المشتري بالله ما اشتراهما بالفين فإن نكل قضي عليه وإن حلف
حلف البائع بالله ما باعهما بألف فإن نكل قضي عليه وإن حلف ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما
الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك
وتفسيره على قول أبي يوسف رحمه الله عند البعض أن يتحالفا على القائم بحصته من
الثمن دون الهالك لأن التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لأن المشتري
لو حلف بالله ما اشتريت القائم بألف يكون صادقا لأن من اشترى شيئين بألف درهم
ثم حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف كان صادقا وإذا كان كذلك فلا يمتنع المشتري
عن الحلف على القائم بعد التأويل فلا يفيد التحالف والصحيح أن يحلف المشتري أولا
بالله ما اشتراهما بالفين فإن نكل لزمه دعوى البائع وإن حلف تحلف على البائع
بالله ما باعهما بألف فإن نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلف ينفسخان العقد في القائم
ويسقط حصة القائم من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام
يوم القبض فإن استويا يلزمه نصف الثمن الذي أقر به المشتري وإن اختلفت القيمتان
يوم القبض سقط عنه حصة القائم بقدر قيمته ويلزمه حصة الهالك بقدر قيمته
وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فقال المشتري قيمته يوم القبض كانت
خمسمائة وقيمة القائم ألفا وقال البائع على عكسه فالقول للبائع مع يمينه لأن البائع
بدعواه يستبقي ما كان واجبا والمشتري بدعواه يسقط ما كان واجبا فكان البائع
متمسكا بالأصل فوجب اعتبار قوله وأيهما أقام البينة تقبل بينته فإن أقاما البينة
فبينة البائع أولى على قياس ما ذكر في بيوع الأصل في رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما
بالعيب وقد هلك الآخر عند المشتري يسقط عنه ثمن ما رده ويجب عليه ثمن ما هلك
عنده إذا لم يرد الثمن وينقسم الثمن على قدر قيمتهما فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول للبائع
مع يمينه لأنهما على وجوب كل الثمن ثم المشتري يدعي أن قيمة الهالك كانت أقل يدعي زيادة

السقوط من الثمن والبائع ينكره فيكون القول للمنكر مع يمينه وإن أقاما البينة فبينة
البائع أولى أيضا لأن البينات شرعت للإثبات والبائع يدعي زيادة في قيمة الهالك
فإن قيل المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب أن تقبل بينته لإثبات الزيادة قلنا
ف الذي وقع الاختلاف فيه قصدا قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم ثبت ضمنا للاختلاف
في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه قصدا فكانت أحق بالاعتبار
والفقه فيه أن في البينات تعتبر الدعوى من حيث الظاهر لأن الشهود لا يعقلون إلا على الظاهر
فاعتبر ذلك في حقهم والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ثم صارت بينته أولى لأن بينته
تثبت الزيادة في ذمة المشتري وفي الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما
يعرفان حقيقة الحال فبني الأمر على الحقيقة والبائع منكر فكان القول قوله مع يمينه
ومن اشترى أمة بألف درهم وقبضها ثم تقايلا البيع حال قيام الأمة ثم اختلفا في مقدار
الثمن بعد الإقالة فقال المشتري كان الثمن ألفي درهم وقال البائع لا بل كان خمسمائة
ولا بينة لهما فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول وكان ينبغي أن لا يتحالفا لأن التحالف
ثبت في البيع المطلق بالبينة والإقالة فسخ في حق المتعاقدين فلم يتناولهما النص ولأن
التحالف قبل قبض المبيع ثبت قياسا بمعنى أن كل واحد منهما مدع ومنكر كما مر
وهذا موجود هنا ولأن وضع المسألة أن البائع لم يقبض الأمة بحكم الإقالة فصار التحالف
معقولا فوجب القياس على المنصوص عليه كما نقيس الإجارة على البيع والوارث على العاقد
وقيمة المبيع إذا استهلك البيع على قيام المبيع فإن قيل التحالف في هذه الصورة منصوص عليه
لقوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا فإنه يتناول حال بقاء السلعة وحال
عدمها قلنا لا بل هي غير منصوص عليه لأن هذا المطلق محمول على المقيد وكان المراد
من هذا المطلق المقيد وكذا قرينة التراد دالة على بقاء السلعة ولو قبض البائع الأمة
بحكم الإقالة يجب أن لا يتحالفا ويكون القول للمنكر خلافا لمحمد رحمه الله لأنه يرى النص
معلولا بعد القبض أيضا بالاختلاف في العقد لما مر ومن أسلم عشرة دراهم في كر بر
ثم تقايلا ثم اختلفا في مقدار رأس المال بعد الإقالة فقال المسلم إليه كان رأس المال خمسة
وقال رب السلم لا بل كان عشرة فالقول للمسلم إليه مع يمينه لأن رب السلم يدعي
عليه زيادة وهو ينكر ولا يتحالفان ولا يعود السلم بخلاف البيع والفرق أن المقصود
من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله وإليه الإشارة النبوية
بقوله عليه السلام تحالفا وترادا والتحالف في الإقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود وهو
فسخ الإقالة لأن الإقالة في السلم بعد نفاذها لا يحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ فإنهما
لو قالا نقضنا الإقالة لا تنتقض فلا يحتمل الفسخ أيضا بالتحالف وهذا لأن ما تناوله عقد
الإقالة وتلاشى إذ المسلم إليه ملك ما في ذمته فسقط ثمة والساقط لا يحتمل العود فلا
يحتمل المسلم فيه بعد ما سقط العود إلى رب السلم فأما الإقالة في البيع مما يحتمل الفسخ

بسائر أسباب الفسخ حتى لو قال لا نقضنا الإقالة تنتقض فاحتمل الفسخ بالتحالف أيضا. وهذا
لأن ما تناوله عقد الإقالة قائم حقيقة فيمكن تصحيح الفسخ باعتبار المعقود عليه فيعود
إلى ملك المشتري إذا انفسخت الإقالة. لأن ملك العين مما يحتمل الإقالة العقود. ألا ترى أن
رأس المال لو كان عرضا فقبضه المسلم إليه ثم رده بالعيب أي بحكم الحاكم به وهلك قبل
التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم بخلاف البيع فإنه لو اشترى عرضا ورده بالعيب
ولم يسلم إلى البائع حتى هلك في يده يبطل الرد ويعود البيع. وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء
المنفعة تحالفا وتفاسخا العقد إذا اختلفا في البدل أو في المبدل أو فيهما. لأن الإجارة قبل
قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع باعتبار أن كل واحد من العاقدين يدعي على صاحبه
وهو ينكر وكل واحد من العقدين معاوضة تحتمل الفسخ فالتحقت الإجارة بالبيع
فإن قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة. قلنا الدار أقيمت مقام المنفعة
في حق إيراد العقد عليهما وكأنها قائمة تقديرا. فإن وقع الاختلاف في الأجرة يبدأ بيمين
المستأجر. وإن وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر. وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه
وأيهما أقام البينة تقبل بينته. وإن أقاماها فبينة المؤجر أولى إن اختلفا في الأجرة وبينة
المستأجر إن اختلفا في المنفعة نظرا إلى زيادة الإثبات. وإن اختلفا فيهما نحو أن يدعي
هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة تقبل بينة كل واحد منهما فيما يدعيه
من الزيادة فيقضى بشهرين بعشرة. وإن اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا والقول للمستأجر
مع يمينه لأن جريان التحالف لفائدة الفسخ. والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها
فلا يجري التحالف. فإن قيل عدم جريان التحالف على مذهبهما ظاهر لأن هلاك
المعقود عليه مانع للتحالف عندهما. فأما عند محمد رحمه الله فينبغي أن يجري التحالف كما
لو هلك المبيع. قلنا هناك إذا فسخ البيع بالتحالف يمكن إيجاب المعقود عليه لأن العين
متقومة بنفسها. وهنا إذا تحالفا وفسخ العقد فلا قيمة للمعقود عليه لأن المنافع لا تتقوم
بنفسها بل بالعقد وبالفسخ ينعدم العقد من الأصل. وإذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر
مع يمينه لأنه المستحق عليه. ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول قول المستحق
عليه. فإن اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي. وكان
القول في الماضي قول المستأجر لأن العقد ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنفعة فيصير كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فصار ما بقي من المدة
كالمنفرد بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع. لأن كل جزء منه ليس بمعقود
عليه عقدا مبتدأ بل الجملة معقودة بعقد واحد فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك
تعذر في الكل ضرورة. وإذا اختلف المولى والمكاتب في قدر بدل الكتابة لم يتحالفا عند
أبي حنيفة رحمه الله والقول للعبد مع يمينه. وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول
الشافعي رحمه الله لأنهما اختلفا في بدل عقد يقبل الفسخ فصار كالبيع. وهذا لأن

كل واحد منهما مدع ومنكر. فالمولى يدعي على العبد زيادة البدل وهو ينكر. وهو
يدعي استحقاق العتق عليه بأداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكر فيتحالفان كما في الثمن.
وله أن التحالف في المعاوضات عند تجاحد الحقوق اللازمة وبدل الكتابة غير لازم
على المكاتب مطلقا. لأن له أن يدفع عن نفسه بأن يعجز نفسه. ولهذا لا تصح الكفالة به
والكتابة ليست معاوضة من كل وجه. إذ البدل الذي من جانب العبد مملوك للمولى قبله
ولأن العبد يسلم له ما يقابل البدل في الحال وهو فك الحجر في حق اليد والتصرف فلا يدعي على
المولى شيئا فلا يكون المولى منكرا. وإنما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الأداء فقبله لا يكون
مقابلا فلا يتحالفان فلا يكون إلا إنكار منهما. وإذا اختلف الزوجان في متاع البيت والمتاع
قائم أو ليس بقائم وادعى كل واحد منهما أن المتاع له كله. فما يصلح للرجال كالعمامة
والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فالقول فيها قول الزوج مع
يمينه بشهادة الظاهر له. وما يصلح للنساء كالدرع والخمار والملاءة ونحوها فالقول فيها
قول المرأة مع يمينها لأن الظاهر شاهد لها. وما يصلح لهما كالفرش والأمتعة والأواني
فالقول للزوج مع يمينه والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود كالفرش. لأن
المرأة وما في يدها في يد الزوج فكان الأموال كلها في يد الزوج. فإذا تنازعا في شيء
وهو في يد أحدهما كان القول قوله كذا هنا. بخلاف ما يختص بها. لأن لها ظاهرا
آخر أظهر من اليد وهو الاستعمال. فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما
لابسه والآخر متعلق بكمه فإن اللابس أولى. وهذا إذا كانا حيين. فإن مات
أحدهما واختلف ورثته مع الآخر فالجواب في غير المشكل على ما مر. وأما ما يصلح للرجل
والمرأة فهو للحي منهما أيهما كان لأن اليد للحي لا للميت. هذا الذي ذكرنا قول
أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف رحمه الله يدفع إلى المرأة من المشكل ما يجهز
به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لأن الظاهر أنها لا تزف إلا مع جهاز مثلها فصارت
أولى بذلك القدر. والباقي للرجل لقوة يده على يدها لأنه قوام عليها والطلاق والموت سواء
وقال محمد رحمه الله ما يصلح له فله وما يصلح لها فلها. وما يصلح لهما فله أو لورثته لقيامهم
مقامه فصار الخلاف معهم كالخلاف معه كما في غير المشكل والطلاق والموت سواء
وقال مالك والشافعي رحمهما الله هو بينهما لاستوائهما في الدعوى واليد
وقال ابن أبي ليلى رحمه الله الكل للرجل ولها ثياب بدنها. وقال الحسن البصري
رحمه الله الكل لها وله ثياب بدنه. وإن كان أحدهما مملوكا فالمتاع للحر منهما في حالة
الحياة لأن يد الحر أقوى لأنه يد ملك ويد المملوك ليست يد ملك. وقال أبو يوسف
رحمه الله ومحمد المأذون والمكاتب كالحر لأن لهما يدا معتبرة في الخصومات حتى لو اختصم
الحر والمكاتب في شيء هو في أيديهما يقضى بينهما لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا
فإنه يقضى به للحر لأنه لا يد له. فإن مات أحدهما فالقول للحي منهما حرا كان أو عبدا

لانه لا يد للميت فثبتت يد الحي بلا معارض كذا ذكر في الهداية والجامع الصغير للصدر
الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني والقاضي فخر الدين خان رحمهم الله. وذكر
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في جامعه الصغير ووقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو
وفي رواية محمد والزعفراني للحي منهما بالراء. ادعى شراء امة قبضها وماتت بالف وبهذا
الوصيف وقيمته خمسمائة. وقال البايع بعتها بالفين حلف المشتري في حصة الالف
اي في ثلثي الامة. لان الاختلاف في الثلثين وقع بعد هلاك المعقود عليه وتحالفا
في ثلثها لقيام المعقود عليه في احد الجانبين وهو الوصيف. وبعكسه حلف المشتري
اي لو ادعى البايع انه باع الامة بالف وبهذا الوصيف وادعى المشتري انه اشتراها
بالفين وهلكت الامة في يد المشتري فالقول للمشتري مع يمينه. ولم يتحالفا في شيء
من الامة. اما في الثلثين فظاهر واما في الثلث فلان المشتري لا يبطلب يمين البايع
لان في زعمه ان البيع في قدر الثلث سع العرض بالدراهم وهلاك العرض يمنع
التحالف بخلاف المسئلة الاولى لان في زعم المشتري ثم ان البيع في قدر الثلث سع
العرض بالعرض وهلاك احد العرضين لا يمنع التحالف. وكذا لو كان مكان الوصيف
مكيل او موزون بعينه عبد قطع عند البايع فقال البايع قطعه المشتري
قبل البيع ولي عليه نصف القيمة وكل الثمن. وقال المشتري قطعه البايع بعد
البيع ولي الخيار ان شئت اخذته بنصف الثمن وان شئت تركته ولا بينة لهما تحالفا.
لان كل واحد منهما مدع ومنكر والبايع يدعي على المشتري نصف القيمة ولزوم
العقد بجميع الثمن والمشتري ينكر وهو يدعي على البايع دخول الثمن البدل في البيع
وبراءة نفسه عن نصف الثمن بقطع البايع يد العبد بعد الثبوت وثبوت الخيار
والبايع منكر. وان حلفا اخذ المشتري بكل ثمنه او ترك. لانه لما حلفا لم يظهر
الجاني فصار كانه تلف بآفة سماوية وثم يخير المشتري بين الاخذ بكل الثمن
وبين الترك كذا هنا. وان برهنا فالبينة لمشتريه لانه اكثر اثباتا. لان المدعي
من جانبه اكثر لما مر. وان اتفقا ان قاطعه بايعه او مشتريه او اجنبي وادعاه البايع قبل
البيع والمشتري بعده فالقول والبينة لمشتريه. اما الاول فلانه يضيف الحادث
الى اقرب الاوقات. واما الثاني فلان بينة البايع قامت على اليد معنى لانها تنفي دخول
اليد في البيع. وبينة المشتري قامت على الاثبات صورة ومعنى لانها تثبت دخول اليد
في البيع وبينة المشتري اشترى عبدين صفقة او صفقتين احدهما بالف حال
والاخر بالف مؤجل الى سنة فرد احدهما بعيب. فقال المشتري ثمن المردود حال
وقال البايع مؤجل فالقول للبايع لانهما اتفقا انفساخ البيع في المردود وسقوط
ثمنه فتنفي اختلافهما في ثمن الاخر فيكون القول للبايع. لان المشتري يدعي عليه التاجيل
وهو ينكر والحلول في الدين اصل والتاجيل عارض فكان القول لمنكر العارض ولم يتحالفا

لانه اختلاف في الاجل. وكذا لو اشتراهما في صفقة وقبضهما ومات احدهما في يده
ورد الاخر بعيب واختلفا في قيمة المردود فالقول للبايع لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن وثم ادعى
المشتري بدعواه ان قيمة الهالك اقل من قيمة المردود يدعي سقوط زيادة ينكرها
البايع فيكون القول للبايع ولم يتحالفا. لان الاختلاف في قيمة المبيع لا يوجب التحالف
في العقد ولو كان ثمن احدهما دراهم وثمن الاخر دنانير وقبضهما البايع واختلفا
في ثمن الباقي بعد رد احدهما بالعيب فقال المشتري ثمنه دراهم فرد الدنانير وقال
البايع على عكسه فالقول للمشتري مع يمينه ان مات لانه المالك للثمن ولا يتحالفان خلافا
لمحمد رحمه الله. وان كانا قائمين يتحالفان اجماعا. لانهما اختلفا في ثمن الباقي. وكذا
ان اختلفا في الصفقة فادعى البايع اتحاد الثمن وادعى المشتري تعدد الثمن فالقول للمشتري
لانهما اتفقا انهما معقود عليهما وان لكل واحد منهما ثمنا. ثم البايع يدعي عليه كل
عبد ضم غيره اليه والمشتري ينكر. اختلفا في موت المبيع عند احدهما فاقام البايع
البينة ان المبيع مات عند المشتري بعد القبض واقام المشتري البينة انه مات في يد
البايع قبل القبض فالبينة لبايعه. لان المشتري ينكر القبض فيكون القول له والبايع
يثبته بالبينة فكانت البينة له. وان وقتا فللسابق. والقتل مثل الموت. اي لو ادعى كل
واحد منهما القتل على صاحبه بان اقام البايع بينته ان المشتري قتله وصار قابضا وعليه
الثمن واقام المشتري ان البايع قتله وهو في ملكه وانفسخ البيع فبينة البايع اولى. لانه
يثبت القبض. وان اقام المشتري ان البايع قتله بعد البيع بيوم واقام البايع بينة ان
المشتري قتله بعد البيع بيومين فالبينة للمشتري للسبق. وان اتفقا على قبض المشتري
المبيع واقام المشتري ان البايع قتله خطأ بعدما قبضه ولي عليه القيمة. واقام البايع
ان المشتري قتله بعدما قبضه مني فالبينة للمشتري لان بينة البايع تثبت ما ثبت
بتصادقهما وهو تاكد الثمن بالقبض فكان وجودها وعدمها بمنزلة وبينة المشتري
تثبت امرا حادثا وهو ضمان القيمة على البايع. اشترى امتين او امة فولدت فقتلت
احداهما الاخرى في يد البايع اخذ ما بقي بكل الثمن او ترك. لان الجناية في عنقها
فصارت قائمة مقام شخصين وهذا لان هذه الجناية معتبرة. وان كانتا مملوكتين
لمملوك واحد فقامت القاتلة مقام المقتولة بخلاف موت احدهما وشراء الجمار الشعير
فاكل الحمار الشعير حيث يأخذ بحصته من الثمن لان فعله جبار. باع امة وتقابضا
فقال البايع هي لزيد امرني ببيعها. وقال زيد بعتها منك بمائة دينار وقبضتها
وبعت ملكك فهي للمشتري لاتفاقهما على نفاذ البيع بالملك او بالوكالة. وتحالفا
لان البايع يدعي الامر بالبيع والمقر له ينكر. والمقر له يدعي عليه الثمن وهو ينكر.
وان حلفا فان جعلت انها للمقر له وكذبها المشتري ضمن المقر قيمتها للمقر له لانه
امتنع الرد ببيعه وتسليمه فيتقرر عليه الضمان. والا لا. اي وان كانت معروفة انها

للمقر له لا يضمن المقر للمقر له لانه لما تعذر الرد بدعواه البيع. فيقال للمقر له ان شئت فخذ الثمن الذي في يد الوكيل وان شئت فدع. ولو كانت امة فاعتقها او دبرها او استولدها ثم تحالفا ضمن المقر قيمتها لو كانت مجهولة. وان كانت معروفة لا يضمن في الوجوه كلها وتبطل الكتابة بعجزها عن الاداء وتعتق بموت المقر لو كانت ام ولد لانه ملكه بزعم المقر له. ولا تعتق بموت المقر له لعدم النسب منه. بخلاف التدبير لاحتمال التوكيل وبما مات لو كانت مدبرة بزعم كل واحد منهما وتوقف الولاء لو كانت محررة لنفي كل واحد منهما. ولو قال كانت وديعة وامرني ببيعها وماتت ضمن قيمتها بكل حال لانه اعترف بالتعدي وهو تسليم الوديعة الى الغير وادعى الامر ولم يثبت. الاصل ان هلاك المبيع لا الى بدل ينقض البيع عندنا خلافا لمالك رحمه الله والى بدل لا. ويخير المشتري للتغير وبائع بنصف العبد لو حرر النصف الباقي قبل القبض بطل بيعه لو كان موسرا عند ابي يوسف ومحمد رحمه الله لان يسار المعتق عندهما يمنع السعاية ولا يمكن ايجاب القيمة على البائع لان المبيع في ضمانه لا يكون مضمونا عليه بالقيمة فلما تعذر ايجاب الضمان والسعاية انتقض البيع ضرورة. وعن ابي حنيفة روايتان في رواية يجب الضمان بنفس الاعتاق اذا كان موسرا وللساكت ان يتحول الى السعاية فعلى هذه الرواية ينتقض البيع ان اختار الضمان فان اختار السعاية لا ينتقض ولو كان معسرا لا ينتقض البيع لوجوب السعاية في النصف المبيع فبقي المعقود عليه ببدله وفي السعاية بانه متى بطل البيع والسعاية غير واجبة للمشتري سعى للبائع في اصح الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله كان الكل له فاعتق نصفه. وعندهما لا سعاية للبائع على العبد كان كله له فاعتق نصفه. ومتى تغير المبيع بفعل البائع او بقوله قبل قبضه خير المشتري لفوات الرضا. وبعد قبضه او بقول المشتري او بفعله لا. وان دعوى احد العاقدين الاعتاق على صاحبه لا تسمع الا ان يدعي لنفسه حقا. لان الدعوى لا تسمع الا من خصم والخصم من يدعي لنفسه حقا. ادعى رجل على رجل انه باعه هذا العبد بمائة دينار وقال المشتري ما اشتريته الا نصفه بخمسمائة درهم فالقول للمشتري في النصف الذي انكر البيع فيه اصلا. وتحالفا في النصف الآخر فحلف المشتري في النصفين يمينا واحدة بالله ما اشتريته بمائة دينار فان نكل لزمه البيع بمائة دينار. وان حلف لم يثبت البيع في احد النصفين فيحلف بائعه بالله ما بعت نصفه بخمسمائة. وان حلف تم التحالف والقاضي يفسخ البيع بينهما ان طلبا او طلب احدهما كما مر. وان قال البائع بعتكه وحررته والمسألة بحالها حلف على الشراء او العتق مرة واحدة. لان الدعاوى اذا اجتمعت يكتفى بيمين واحدة لان المقصود يحصل به. فان حلف عتق نصفه على بائعه بزعمه حيث اضاف عتقه الى من يزعمه مالكا. وان نكل ثبت الشراء بمائة دينار والاعتاق. فعتق العبد عليه ولا سعاية له على العبد لانه عتق كله باعتاقه. ولو ادعى مشتريه الاعتاق على البائع والمسألة بحالها حلف المشتري ما اشتريته كله بمائة دينار فان نكل عتق بلا سعاية. وان حلف عتق نصفه

على بائعه بزعمه. لان زعمه انه ملك المشتري. ومتى شهدوا بالاعتاق على البائع فقد اقر بعتقه حيث اضاف الاعتاق الى من يزعمه مالكا فنعتبر اقراره ويعتق عليه. وحلف بائعه على العتق. وان نكل بطل بيعه لو كان موسرا وبقي لو كان معسرا. وخير مشتريه لحصول التغير باعتاق البائع فان نقض البيع فسعاية بنصف العبد لبائعه لقيامه مقام المشتري. وان امضى فله وان حلف عتق نصفه على بائعه بزعمه لما مر وسعى في نصفه لمشتريه ولا خيار له. وان قال بعتكه بمائة دينار وحررته فقال المشتري ما اشتريت الا نصفه بخمسمائة وانت حررته ثم حلف مشتريه حلفا واحدا بالله ما اشتريته بمائة دينار وعتق العبد بلا سعاية. وان حلف عتق نصفه على بائعه بزعمه. وحلف بائعه على عتقه لان المشتري يدعي عليه انتقاض البيع او الخيار لنفسه. فان نكل فقد اقر وصار بائعا نصف العبد معتقا نصفه الباقي. فان كان موسرا بطل البيع عندهما. وفي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وعاد الى البائع وبطلت السعاية. وان كان معسرا بقي البيع ببقاء السعاية في النصف. وخير المشتري لان التغير حصل بدعوى البائع اولا فان فسخ المشتري عاد الى البائع وعتق مجانا. وان امضى سلمت سعاية نصفه لمشتريه وان حلف بائعه انه لم يعتقه سعى العبد للمشتري في نصفه موسرا كان او معسرا عند ابي حنيفة رحمه الله. وتوقف الولاء وخير المشتري لان التغير من جهة البائع لانه البادي بدعواه للعتق. فان نقض عاد الى البائع ولا سعاية عليه. وان امضى تحالفا ولو بدأ المشتري بدعوى العتق على البائع والمسألة بحالها فحلف المشتري اولا بالله ما اشتريته بمائة دينار ثم حلف على العتق بعده لحق العبد بدعواه. وللقاضي ان يجمع بينهما فان جمع بينهما فجوابه ما مر في الفصل الاول الا في خيار المشتري. ولو ادعيا معا فحكمه كحكم بداية المشتري لان المشتري انفذهما اقرارا لانه مالك العبد بكل حال. وان قال البائع هو حر ان كنت لم ابعه بمائة دينار وقال المشتري هو حر ان كنت اشتريته الا نصفه بخمسمائة درهم. وكل واحد شهد على الآخر بالاعتاق والبادي بالحلف باد بدعوى العتق تقديرا لان كل حالف يدعي البر في يمينه ويدعي الحنث على صاحبه فكان كل واحد مكذبا صاحبه فالحالف الاول يكذب الثاني والثاني يكذب الاول فكان الثاني مكذبا بعد تكذيب الاول فصار الفساد مضافا الى البادي منهما بالحلف لهذا. ولو حلفا معا فالفساد مضاف الى المشتري كبدايته. ولو حلفا قبل النزاع في البيع فالفساد مضاف الى مشتريه ايضا. لان اول الكلام لم يصر شهادة لعدم المنازعة وانه [illegible] فيتوقف الاول على وجود الثاني. وفي الثاني كما وجد توجد شهادته لتقدم المنازعة فصار شهادة في زمان واحد فصار كانهما ادعيا فكان الفساد مضافا الى المشتري

باب فيمن يكون خصما وفيمن لا يكون خصما

ادعى رجل عبدا في يد رجل انه له فقال ذو اليد هو لفلان الغائب اودعنيه او اعارنيه او آجرنيه او رهنه

أو غصبًا وأقام على ذلك بينة وأقام ذو اليد بينة أن المدعي أقر أنه لفلان اندفعت
خصومة المدعي عنه. لأنه أثبت ببينته أنه وصل إليه من جهة فلان وأن يده ليست بيد
خصومة. وقال ابن شبرمة رحمه الله لا يخرج من خصومته وإن أقام البينة على ما قال
لأنه صار خصمًا بيده فصار مناقضًا في دفع الخصومة عن نفسه. وهذا لأنه بهذه البينة
يثبت الملك للغائب وهو ليس بخصم في إثبات الملك له. إذ لا ولاية له على غيره في إدخال
شيء في ملكه بلا رضاه. والخروج من الخصومة يثبت في ضمن إثبات الملك لغيره. وإذا
لم يثبت الأصل لم يثبت ما في ضمنه. ولنا أن هذه البينة تثبت أمرين الملك للغائب
والحاضر ليس بخصم فيه. ودفع خصومة المدعي عنه وهو خصم فيه فكانت مقبولة
فيما هو خصم فيه دون ما هو ليس بخصم فيه وهو إثبات الملك للغائب. كمن وكل وكيلًا بنقل امرأته أو أمته
فأقامت البينة أنه طلقها ثلاثًا أو أعتقها تقبل في قصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع
الطلاق والعتاق ما لم يحضر الغائب. وهذا لأن مقصود ذي اليد إثبات أن يده يد حفظ
لا يد خصومة لا إثبات الملك للغائب. وفيما هو المقصود المدعي خصم له فيقبل فيه ولا
تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تخرج من خصومته
بمجرد قوله بغير بينة لأنه لا تهمة فيما يقربه على نفسه فثبت ما أقر به بمجرد إقراره
وتبين أن يده يد حفظ لا يد خصومة. ولنا أن الخصومة توجهت عليه بظاهر يده
ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب فهو بدعواه هذه يريد إبطال
الخصومة المتوجهة عليه فلا يصدق إلا بحجة. كما لو ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة
غيره. وكما لا يصدق المدعي في دعوى الملك إلا بحجة. وقال أبو يوسف رحمه الله
إن كان ذو اليد صالحًا تندفع الخصومة إذا أقام البينة. وإن كان معروفًا بالحيل
لم تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة. رجع إليه حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس
فقال المحتال من الناس قد يأخذ مال إنسان غصبًا ثم يدفعه سرًا إلى من يريد أن يغيب
عن البلد حتى يودعه بشهادة الشهود. حتى إذا جاء المالك وأراد أن يثبت ملكه يقيم
ذو اليد البينة على أن فلانًا أودعه فيبطل حقه وتندفع خصومة المالك. وهذا الذي ذكرنا
إذا عرف شهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه. فأما إذا قال شهود ذي اليد
أودعه رجل لا نعرفه أصلًا فالقاضي لا يقبل شهادتهم ولا تندفع خصومة المدعي عن صاحب
اليد بالإجماع. فلعل ذلك الرجل هو المودع الذي حضر منازعًا. وعلى هذا التقدير
لا تندفع الخصومة عن ذي اليد فلا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالشك والاحتمال.
ولأن الخصومة إنما تندفع عن ذي اليد إذا أحاله على غيره بالبينة. والتحويل إنما يتحقق
إذا أحاله على رجل معين يمكنه اتباعه ليخاصمه. فإذا أحاله على مجهول ولا يمكنه اتباع المجهول
كان ذلك إبطالًا لا تحويلًا. فلو اندفعت يتضرر به المدعي. وإن قال الشهود نعرف
المودع بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد رحمه الله. لأن تعريف

الغائب بالنسبة. وهذا لأن الخصومة توجهت على ذي اليد بظاهر يده. فلا تندفع الخصومة
عنه إلا بالحوالة على رجل يمكن اتباعه. فكان هذا بمنزلة قوله أودعه رجل لا نعرفه. وهذا
لأن المعرفة بالوجه لا تكون معرفة. لأنه عليه السلام قال لرجل تعرف فلانًا فقال نعم
فقال عليه السلام هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا. فقال عليه السلام إذًا لا تعرفه. ومن حلف
لا يعرف فلانًا وهو يعرف وجهه دون اسمه ونسبه لا يحنث. وعند أبي حنيفة رحمه الله
تندفع الخصومة عنه لأن حاجة ذي اليد إلى دفع الخصومة عن نفسه وبما تندفع الخصومة
إذا أثبت أن يده ليست بيد ملك وخصومة وقد حصل بذلك. لأنه أثبت ببينته أنه ليس
بخصم لهذا المدعي فإنا نعلم أن مودعه ليس هذا المدعي. إذ الشهود يعرفون المودع
بوجهه. بخلاف ما لو قالوا لا نعرفه أصلًا لأن مقصود ذي اليد إثبات أنه ليس بخصم
لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود. ثم إن تضرر المدعي بأن لم يقدر على اتباع
خصمه فذلك الضرر يلحقه من قبل نفسه حيث نسي خصمه أو من قبل شهوده بأن جهلوا
خصمه لا من جهة ذي اليد. ونحن نسلم أن المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة ولكن
ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي. وإنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم له. وهذه المسألة
مخمسة كتاب الدعوى لأن لخمسة من العلماء رحمهم الله فيها أقوالًا وفي خمس مسائل كما
بينا. وإن قال ابتعته من الغائب فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك فصار معترفًا
بكونه خصمًا. وإن قال المدعي غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة
وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة. لأنه إنما صار خصمًا بدعوى الفعل عليه لا بيده
فلا تندفع دعواه بإحالة الملك إلى غيره. لأنه لم يدع الملك عليه وإنما ادعى عليه الفعل
بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه صار خصمًا فيه بيده حتى لا تصح دعوى الملك على غير
ذي اليد وتصح دعوى الفعل. وقال محمد رحمه الله تندفع في قوله سرق مني لأنه
لم يدع الفعل عليه بل هذا دعوى الفعل على المجهول وهي باطلة فالتحقت بالعدم فبقي دعوى
الملك. ولهما أن هذا بمنزلة تعيين ذي اليد للسرقة. ولو عينه لم يندفع كذا هنا
وهذا لأن دعوى الفعل يستدعي فاعلًا والظاهر أنه الذي في يده وإنما أبهمه درءًا للحد
فنزل منزلة تعيينه. ولو قال غصبت مني تندفع لأنه لا حد فيه ولا يحترز عن كشفه
فلو قضي عليه ثم حضر الغائب وأقام البينة على الملك تقبل لأنه لم يصر مقضيًا عليه وإنما
قضي على ذي اليد فقط. وإن ادعى العبد الإعتاق عليه يقضى بالعتق لدعوى الفعل فلو
قضي عليه ثم حضر الغائب وادعى لا يلتفت إليه لنفاذ القضاء عليهما. لأن القضاء بالعتق قضاء
على الكافة. لأنه يتعلق به أحكام تتعلق بالكافة كالولاية والشهادة. ولو ادعى العبد
أنه ملك فلان الغائب وأنه أعتقه لا تقبل بينته عليه لإقرار العبد بأنه ليس بخصم وحيل
بينهما بكفيل استحسانًا. لأن الأصل فيه عدم الملك فقبلت البينة في إزالة اليد احتياطًا
لأمر الحرية. ولو ادعى العبد أنه حر الأصل فالقول له لأن الأصل للعبد لأنه أنكر اليد أصلًا

ولا اصل فيه عدم اليد. فان اقام ذو اليد البينة على الملك وايداعه تقبل. لان الاصل يقبل التبدل وقد ثبتنا انه تبدل وان اقام على ايداعه فحسب لا تقبل بخلاف الدابة لان الابتياع في الادمي لا يفتقر الى الملك والحر الصغير يودع اما الدابة فمملوكة لا محالة والانسان يودع ملكه. وان برهن على الملك والايداع وبرهن العبد على حريته الاصلية حيل بينهما بكفيل ولو ادعى شراءه من فلان. وقال ذو اليد اودعنيه فلان ذلك اندفعت الخصومة بقوله بغير بينة لتصادقهما على ان اصل الملك فيه لفلان والظاهر ان وصوله الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة بل يد امانة. والدعوى انما تصح على من يكون له يد ملك الا ان يقيم المدعي البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه يثبت ببينته انه احق بامساكه. فان طلب المدعي يمينه على ما ادعى من الايداع حلف على البتات. ولو قال ذو اليد اودعني وكيله لا يصدق الا ببينة لان الوكالة لا تثبت بقوله. ولو ادعى انه اشتراه من ذي اليد وقبضه تندفع الخصومة بدعوى الوصول من الغير. لان موجب العقد ينتهي بالقبض فبقي خصما بيده فصار كدعوى الملك المطلق. ولهذا لا يشترط بيان الثمن ولو لم يدع القبض لا تندفع الخصومة بالاحالة الى الغير لان موجب العقد لم ينته فبقي خصما بدعوى الفعل عليه. ولو ادعى انه ملكه فصدقه ثم ادعى انه وديعة فلان ان برهن دفعت الخصومة ولا يكون تناقضا لجواز ان المدعي اجره من الغائب او رهنه منه ثم اودعه الغائب من ذي اليد. فان لم يبرهن دفع اليه. وكذا لو عكس بان بدا فقال هو وديعة فلان ثم اقر للمدعي فانه يدفع الى المدعي لان حقه ثابت وحق الغائب متردد. وان ادعى رجل على ذي اليد شراءه منه وادعى ذو اليد الوديعة من فلان لم تقبل بينة ذي اليد على كونه وديعة لانه يدعي عليه فعلا فلا يخرج من ان يكون خصما بالاحالة اليد الى غيره. فان حضر الغائب قبل ان يقضى بشهود المدعي دفع اليه ان ادعاه. لان اقرار ذي اليد صحيح ولا ضرر فيه على المدعي لانه يقضى بتلك البينة انه ملكه. وان برهن المقر له انه كان ملكا له يقضى له. وبطلت بينة المشتري لانه ظهر انها قامت على غير خصم الا ان يعيد المشتري البينة على المقر له قبل القضاء له فحينئذ يقضى له لانه خارج والمقر له صاحب اليد. ولو ادعاه اثنان وبرهن كل واحد منهما انه له اودعه الذي في يده فلم يقض حتى اقر به صح لانه ملكه ظاهرا. فان زكيت البينتان قضي بهما وظهر ان الاقرار كان باطلا. ولا تقبل بينة احدهما على الاخر بعده لانه صار مقضيا عليه في النصف الا ان يثبت بعض من لم يقر له اي قبل القضاء لانه اذا اعاد البينة فقد ابرا ذا اليد عن الخصومة ورضي بنفاذ اقراره واستانف الخصومة مع المقر له فاجتمع بينة الخارج وذي اليد فبينة الخارج اولى. ولو ادعى عبدا في يد رجل وقدمه الى القاضي فلما قاما من عند القاضي باعه ذو اليد من اخر وسلمه اليه ثم قبله وديعة من المشتري وغاب فدعاه الى القاضي ليقيم البينة فان علم القاضي بما صنع او اقر المدعي بما صنع المدعى عليه

او برهن على اقراره به تندفع الخصومة. فان برهن على البيع لم تندفع الخصومة ولا يلتفت القاضي الى بينته. لانه يريد اخراج نفسه عن الخصومة بعد ما صار خصما بيده ويقضى عليه. عبد مات في يد شخص او ابق فادعى رجل انه كان له واقام ذو اليد بينة ان فلانا اودعه او اجره او ما اشبه ذلك على ما مر لم تندفع الخصومة. لانه يدعي القيمة في ذمته لتعذر رد عينه بالموت او الاباق. وهذا الان من زعمه ان ذا اليد غاصب او مودع الغاصب وقد وجب الضمان عليه بالموت او الاباق فالمدعى عليه ان اثبت ان غيره اودعه فلا يظهر بهذا انه ليس بمودع الغاصب فلا ينتفي الضمان عليه. فان قضى عليه بالقيمة وحضر الغائب وصدقه رجع عليه في الوديعة والاجارة والرهن لانه عامل له لا في الغصب والعارية لانه انما ضمن بفعل باشره لنفسه. ولو كان العبد قائما وذهبت عينه واخذ ارشها واقام البينة ان فلانا اودعه فلا خصومة في العبد ولا في الارش لان يده في العبد يد حفظ للامر والارش تبع فاذا اندفعت الخصومة في الاصل تندفع في التبع. ولو كان المدعى امة وولدت وماتت فاقام المدعي البينة انها امته ولدت في ملكه. واقام ذو اليد ان فلانا اودعها اياه قبل ان تلد فان القاضي يقضي بقيمة الامة للمدعي دون الولد. لان الاصل هو الامة والدعوى فيها بعد هلاكها دعوى القيمة. والقيمة دين في ذمة من ماتت في يده والولد بعد الانفصال ليس بتبع محض. فقد يكون الولد لانسان والامة لاخر. ولهذا تصح الوصية بالحمل بخلاف الارش لانه تبع محض اذ لا يتصور ان يكون العبد لانسان وعينه او ارش عينه لاخر. فلا تتعدى القضاء في الاصل تعديه في التبع. لان الحكم في التبع ثبت بثبوته في الاصل. امة في يد رجل قتلها عبد فدفع بها واقام رجل البينة ان الامة كانت له. واقام ذو اليد على الوديعة قيل للمدعي ان طلبت العبد فلا خصومة لك. لان العبد قام مقام الامة لحما ودما فكانها قائمة ولو كانت قائمة واقام ذو اليد البينة على الايداع تندفع الخصومة عنه كذا هنا وان طلبت القيمة فلك الخصومة لانها في ذمته فلا تندفع لما مر. وانما كان كذلك لان ذا اليد غاصب في حقه. والغاصب اذا اخذ الضمان من الجاني فللمالك الخيار ان شاء اجازه وان شاء رده. دار في يد رجل ادعاها اخر ملكا مطلقا او شراء منه منذ سنة او شفعة فيها فقال ذو اليد كانت لي ولكن بعتها من فلان او وهبتها له وسلمتها او اودعنيها لا تندفع الخصومة. لانه باقراره انها ملكه اقر بكونه خصما ثم اراد اخراج نفسه من الخصومة بصرف احد به فيما ادعى عنه الدعوى فلا تسمع الا اذا صدقه المدعي فيما يقول او علم القاضي بذلك فحينئذ تندفع عنه الخصومة. فان لم يكن شيء من ذلك ولكن اقام ذو اليد بينة على البيع لا تقبل. ولكنه لانه لو قبل وقضي به يكون قضاء على الغائب. فان قضي عليه فحضر الغائب فاقام بينة على شرائه من ذي اليد لا تقبل لانه صار مقضيا عليه. وتقبل على الملك المطلق لانه لم يدع تلقي الملك من ذي اليد. ولو برهن الغائب قبل القضاء للمدعي على الملك المطلق صار هو مع المدعي كخارجين اقاما البينة. فان برهن الغائب على الشراء من ذي اليد

مذ شهر تقبل في إبطال بينة الخارج لأن بينته تثبت أن بينة المدعي قامت على غير الخصم ويقال للمدعي أعد الشهود على المقر له إن شئت لأن البينة الأولى قد بطلت. ولو قال كانت في يد فلان ولكن لم أدر أدفع إليه أم لا وقال ذو اليد دفع إلي فلان فلا خصومة لأنه أقر أن الخصم غيره. شاهد واحد كالعدم حتى لو ادعى دارا وأقام شاهدا فقام من عند القاضي ليأتي بآخر ثم صنع شيئا من ذلك فهو على ما بينا لأن الشاهد الأول الواحد لا يوجب الاستحقاق لا شاهدان قبل القضاء أي لو أقام شاهدين وعدلا لم ينقض بشهادتهما حتى كان بعض ما وصفنا فهو خصم لا تندفع الخصومة عنه. وإن علم القاضي أن المدعي أقر لأنه استوجب القضاء بالشهادة فصار المحل مستحقا له فلا تنفذ تصرفاته. ادعى رجل دارا في يد رجل أنها داره وأقام ذو اليد بينة أن فلانا أسكنها إياه فهذا على أربعة أوجه إن شهدوا على إسكان فلان وتسليمه أو على إسكانه أو كانت في يد الساكن يومئذ أو الآن في يد الساكن يندفع ولو قالوا كانت يومئذ في يد ثالث لا تقبل. أما الأول فلأنهما شهدا على إسكان صحيح لأن الإسكان الصحيح أن يكون فيه تسليم وتسلم. وكذا الثاني لأن القبض الموجود عقيب العقد يضاف إليه. وكذا الثالث لأن تحكيم الحال لمعرفة الماضي أصل مقرر. وأما الرابع فإسكان فاسد.

باب ما يدعيه الرجلان

ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد يزعم أنها له وأقام البينة قضي بها بينهما. وفي أحد قولي الشافعي رحمه الله تتهاتر البينتان وفي قول يقرع بينهما ويقضى لمن خرجت قرعته. لأن القاضي تيقن بكذب أحد الفريقين لاستحالة أن يكون كل المدعى لكل واحد منهما في حالة واحدة وتهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فتيقنه أولى. وتعذر تمييز الصادق من الكاذب فيتهاتران أو يعين أحدهما بالقرعة لما روي أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقام كل واحد منهما بينة أنها أمته فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته. ولأن استعمال القرعة لتعيين المستحق في أصل الشرع كما في قسمة المال المشترك. ولنا حديث تميم بن طرفة الطائي رضي الله عنه أن رجلين تنازعا في عين بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقاما البينة فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين. وما روي من استعمال القرعة فقد كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار لأن تعيين المستحق كابتداء الاستحقاق. وكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارا فكذا تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ثمة ولاية التعيين بغير قرعة وإنما يقرع لتطييب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار. ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق كالغريمين في التركة. وهذا لأن البينات حجج الله تعالى فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن هنا لأنه قد يتوالى اليدان لشخصين على عين واحدة في وقتين فاعتمد كل واحد

منهما

منهما سببا أطلق له أداء الشهادة وهو معاينة اليد لمن يشهد له أو اعتمد أحدهما سبب الملك كالشراء ونحوه والآخر اليد فصحت الشهادتان فيعمل بهما بالتنصيف لأن المحل يقبله. ولو ادعى واحد منهما نكاح امرأة وبرهنا سقطا ولم يقض بواحد من البينتين لأن العمل تعذر بهما لأنه لا يحتمل الاشتراك ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأنه يحكم بالنكاح بتصادق الزوجين. وهذا إذا لم يؤقت البينتان فإن وقتا فأسبقهما وقتا أولى لما فيه من زيادة الإثبات ولأنه لا معارض له في ذلك الزمان فيقضى به في ذلك الزمان. ويلزم من ذلك بطلان نكاح الآخر وبطلان شهادته. وإن أقرت لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما عليه وإن أقام الآخر البينة قضي بها لأن البينة أقوى من الإقرار لأنها ملزمة. ولو ادعى على امرأة نكاحا فجحدت فقضي بها له ثم ادعى آخر وأقام البينة على أنها امرأته لا يحكم بها لأن الشيء لا ينقض بمثله فكيف بما هو دونه لاتصال القضاء بالأول دون الثاني إلا أن يوقت شهود الثاني سابقا لظهور الخطأ في الأول. وكذا إذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق لما مر. عبد في يد رجل ادعى رجلان كل واحد منهما أنه اشترى العبد من صاحب اليد ونقد الثمن ولم يؤقت واحد من البينتين وقتا فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن الذي بين شهوده ورجع على البائع بنصف الثمن وإن شاء ترك وأخذ كل الثمن لأن البينتين قامتا على أمر حادث ولم يعرف سبق أحدهما فيجعل كأنهما وقعا معا فيحكم بينهما لتعذر إثبات موجب الشراء لكل واحد منهما على الكمال. وخير المشتريان في ذلك لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع فإذا لم يسلم اختل رضاه بتفرق الصفقة عليه فيتخير كل واحد منهما. فإن قيل قد تيقن القاضي بكذب الفريقين لأن البيعين على عبد واحد من رجل من كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي أن يبطل البينتان. قلنا الشهود شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا. ويتصور بيعا في وقتين من واحد بعين واحدة. وكل واحد منهما اعتمد سببا أطلق له الشهادة فيجب العمل بهما بحسب الإمكان. ولأن البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيلين بأن وكل رجلين كل واحد على الانفراد بأن يبيعا داره فباع كل واحد منهما معا من رجل فإنه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل فيثبت أنه لا يستحيل وجود البيعين في زمان واحد من رجل واحد. فإن قضى القاضي بينهما فقال أحدهما لا أختاره لم يكن للآخر أن يأخذ جميعه لأن القاضي لما قضى بالبيع بينهما بنصفين تضمن قضاؤه فسخ العقد في كل واحد منهما في النصف فلا يعود إلا بتجديد العقد. فإن قيل الفسخ إنما يكون أن لو كان البيع موجودا. قلنا البيع إن كان موجودا فظاهر وإن لم يكن فلا يتمكن من الأخذ. وهذا لأن استحقاق كل واحد منهما للكل ثابت نظرا إلى بينته وإنما لا يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه وكان دليل استحقاق الكل قائما فينفسخ نظرا إلى الدليل. وهذا إذا

ف

ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون للآخر أن يأخذ الجميع لأنه أثبت شراءه في الكل
وإنما كان القضاء له بالنصف لمزاحمة صاحبه معه فإذا زالت المزاحمة يقضى له بالكل وهذا
كالشفيعين إذا سلم أحدهما قبل قضاء القاضي لهما يقضى للآخر بجميع الدار ولو كان تسليمه
بعد القضاء لهما بالدار لم يكن للآخر إلا نصف الدار ولو ذكر كل واحد من البينتين
تاريخا فهو للأول منهما لأنه أثبت شراءه في وقت لا ينازعه الآخر فيه فاستحقه من
ذلك الوقت ولأنه يثبت له الملك في ذلك الوقت والذي لم توقت الأخرى قضي به لصاحب
الوقت والذي لم يوقت يثبت ملكه في الحال لأن شراءه حادث فيضاف حدوثه إلى أقرب
الأوقات ما لم يثبت أنه تاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان أولى ولو لم يكن
لواحد منهما تاريخ والعبد في يد أحدهما فهو لذي اليد لأنهما استويا في الإثبات
فلا ينقض اليد لأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وبينة الخارج
إنما تترجح إذا ادعيا ملكا مطلقا أما إذا ادعيا الملك بسبب فهما سيان ولأن تمكنه
من القبض دليل سبق شرائه ولأن القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم
على الصلاح لا على الغصب وقبضه اقترن بعقد الآخر لأن كل واحد منهما حادث فيحكم بوقوعهما
معا فيتقدم عقد صاحب القبض ضرورة وكذا لو ذكر الآخر وقتا لم ينتفع به لأن القبض
إذا وجد لم ينقض بالشك ووقت الآخر محتمل فلا ينقض اليد الثابتة بيقين إلا أن يشهدوا
أن شراءه كان قبل شراء ذي اليد فحينئذ يكون الخارج أولى لأن تقدم عقده ثبت بنص
من شهوده وتقدم الآخر بنوع دلالة ولا عبرة للدلالة في مقابلة الصريح وإن ادعى أحدهما
شراء والآخر هبة وقبضا ومعناه من واحد وأقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء أولى لأنه
عقد ضمان يوجب الملك في العوضين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب واحد
والبينات تترجح لكثرة الإثبات ولأن الشراء يوجب الملك بنفسه والهبة لا توجب
الملك إلا بالقبض فكان الملك المدعى سابقا فيه فكان أولى وكذا لو ادعى أحدهما الشراء
والآخر الصدقة مع القبض فالشراء أولى لما بينا ولو أقام أحدهما البينة على الهبة والقبض
والآخر على الصدقة والقبض قضي بينهما نصفين لاستوائهما في التبرع والافتقار إلى القبض
ولا تترجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لأن أثر اللزوم يظهر في إبطال حق الرجوع
وذلك حكم يظهر في ثاني الحال والترجيح إنما يقع لمعنى قائم في الحال لا لمعنى يرجع إلى المآل
ولأن الهبة قد تكون لازمة بأن وقعت لذي رحم محرم والصدقة قد لا تكون لازمة
بأن وقعت لغني فاستويا وهذا فيما لا يحتمل القسمة ظاهر وكذا فيما يحتمل
القسمة لأن كل واحد منهما يثبت استحقاقه في الكل إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له
البعض فكان الشيوع طارئا وهذا لا يبطل الهبة والصدقة ولو ادعى رجل الشراء من
ذي اليد وادعت امرأة أن ذا اليد تزوجها عليه استويا فيقضى لكل واحد منهما بالنصف
وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى فيقضى به لصاحب

الشراء

الشراء وللمرأة على الزوج القيمة لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وأمكن
العمل هنا بالبينتين بأن يجعل الشراء سابقا فإنه لو تزوج على عبد الغير صحت التسمية وتجب
القيمة عند تعذر تسليم عينه وله أن كل واحد منهما يثبت الملك بنفسه
فتتحقق المساواة بينهما في الاستحقاق كما في دعوى الشراءين فإن قيل الشراء مبادلة
مال بمال موجب للضمان في العوضين والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان
في المنكوحة فكان الشراء أقوى قلنا النكاح أقوى لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد
متأكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الملك في المشترى وتجوز التصرف
في الصداق قبل القبض بخلاف المشتري وفيما قال محمد رحمه الله إثبات تاريخ لم يشهد
به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت إلا بحجة فإذا قضينا بينهما نصفين فقد
استحق على المرأة نصف الصداق فترجع بنصف قيمته على الزوج واستحق على المشتري
نصف المبيع فيرجع بنصف الثمن إن كان نقده وإن ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر
هبة وقبضا وبرهنا فالرهن أولى استحسانا وفي القياس الهبة أولى لأن الهبة توجب ملكا
للعين والرهن لا يوجب فكان السبب الموجب لملك العين أقوى وجه الاستحسان
أن الرهن عقد ضمان والهبة عقد تبرع وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع وهذا لأنه
يثبت البدل لعين المرهون والدين والهبة لا تثبت البدل لا واحدا فصار كالشراء (البيع) مع الهبة
بخلاف الهبة بشرط العوض لأنها بيع انتهاء والبيع أقوى من الرهن لأن عقد ضمان يثبت الملك
صورة ومعنى والرهن يثبته عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض
ويرجح السابق إن وقتا في ملك أو شراء أو إرث اعلم أن الرجلين إذا ادعيا وبرهنا
فلا يخلو إما أن يدعيا ملكا مطلقا أو إرثا أو شراء وكل قسم ثلاثة أقسام لأنه إما
أن يكون المدعى في يد ثالث أو في يدهما أو في يد أحدهما وكل وجه على أربعة أقسام
لأنه إما أن لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق أو أرخ
أحدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا أما إذا ادعيا ملكا مطلقا
والعين في يد ثالث ولم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا وبرهنا يقضى بينهما نصفين
لاستوائهما في الحجة وإن أرخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق لأنه أثبت الملك
لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى بالملك له ثم لا يقضى بعده لغيره إلا إذا تلقى
الملك منه ومن ينازعه لا يتلقى الملك منه فلا يقضى له وإن أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر
فعند أبي حنيفة رحمه الله لا عبرة للتاريخ ويقضى بينهما نصفين لأن توقيت أحدهما
لا يدل على تقدم ملكه لأنه يجوز أن يكون الآخر أقدم منه ويحتمل أن يكون متأخرا
عنه فيجعل مقارنا رعاية للاحتمالين وعند أبي يوسف رحمه الله للذي أرخ لأنه أثبت
لنفسه الملك في ذلك الوقت يقينا ومن لم يؤرخ يثبت للحال يقينا وفي ثبوته في وقت
تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه وعند محمد رحمه الله يقضى لمن أطلق لأن دعوى الملك

من الاصل ودعوى الملك تقتصر على وقت التاريخ ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض
ويستحق الزوائد المتصلة والمنفصلة وكان المطلق اسبق تاريخا فكان اولى وهذا اذا كان
المدعى في يد ثالث فان كان في يديهما فكذا الجواب لانه لم يترجح احدهما على الآخر
باليد ولم يختلط حاله عن حال الآخر باليد وان كان في يد احدهما فان ارخا تاريخا واحدا
او لم يؤرخا فهو للخارج لان بينته اكثر اثباتا وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فهو لاسبقهما تاريخا لما مر وعن محمد رحمه الله انه رجع عن هذا القول وقال لا تقبل
بينة ذي اليد على الوقت ولا على غيره لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا
لجهة الملك فاستوى التقدم والتأخر فيقضى للخارج ولهما ان البينة مع التاريخ تتضمن
معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي
منه فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها
لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وبينته على الدفع مقبولة وعلى هذا اذا كانت الدار
في ايديهما فصاحب الوقت الاول اولى عندهما وعنده يكون بينهما وان ارخ احدهما
ولم يؤرخ الآخر فعند ابي يوسف رحمه الله يقضى للمؤرخ لان بينته اقدم من المطلق
كما لو ادعى رجلان شراء من واحد وارخت بينة احدهما دون صاحبه فكان صاحب
التاريخ اولى وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يقضى للخارج ولا عبرة للوقت لان
بينة ذا اليد انما تقبل اذا كانت متضمنة معنى الدفع وهنا وقع الاحتمال في معنى الدفع
لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم
فاذا وقع الشك في تضمينه معنى الدفع فلا تقبل مع الشك والاحتمال وان ادعى كل واحد
منهما الارث من ابيه فان كان العين في يد ثالث ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا
فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة وان ارخا واحدهما اسبق تاريخا فهو لاسبقهما
تاريخا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله الآخر وكان ابو يوسف رحمه الله يقول
اولا يقضى به بينهما نصفين في الارث والملك المطلق ثم رجع الى ما قلنا وقال محمد
رحمه الله في رواية ابي حفص رحمه الله كما قاله ابو حنيفة رحمه الله وقال في رواية
ابي سليمن رحمه الله لا عبرة للتاريخ في الارث فيقضى بينهما نصفين وان سبق تاريخ احدهما
لانهما لا يدعيان الملك لانفسهما ابتداء بل لمورثيهما ثم يجرانه الى انفسهما ولا تاريخ لملك
المورثين فصار كما لو حضر المورثان وبرهنا على الملك المطلق حتى لو كان لملك المورثين
تاريخ يقضى لاسبقهما وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فيقضى بينهما نصفين اجماعا
لانهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ وقيل يقضى للمؤرخ عند ابي يوسف
رحمه الله ولو كان العين في ايديهما فكذا الجواب وان كانت العين في يد احدهما
ولم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا يقضى للخارج وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق
فهو لاسبقهما تاريخا وعند محمد رحمه الله للخارج لانه لا عبرة للتاريخ هنا

وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فهو للخارج اجماعا وقيل عند ابي يوسف رحمه الله
للمؤرخ وان ادعيا الشراء من واحد ولم يؤرخا او ارخا تاريخا فهو بينهما نصفان لاستوائهما
في الحجة وان ارخا واحدهما اسبق تاريخا يقضى لاسبقهما تاريخا اتفاقا بخلاف ما
لو ادعيا الشراء من رجلين لانهما يثبتان الملك لبائعيهما ولا تاريخ لملك البائعين فتاريخ
ملكه لا يعتد به فصار كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما اما هنا
فقد اتفقا على ان الملك كان لهذا الرجل وانما اختلفا في التلقي منه وهذا الرجل اثبت التلقي
لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به ثم لا يقضى به لغيره بعده الا اذا تلقى
منه وهو لا يتلقى منه وان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر فهو للمؤرخ اتفاقا لانه اثبت
شراءه لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى به له حتى يتبين تقدم شراء غيره عليه
بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين ووقت احدهما ولم يوقت الآخر فانه
يقضى بينهما نصفين لان كل واحد منهما خصم عن بائعه في اثبات الملك له وتوقيت
احدهما لا يدل على سبق ملك بائعه ولعل ملك البائع الآخر اسبق فلهذا اقضينا بينهما وهنا
اتفقا على ان الملك لبائع واحد فحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه
لا الى اثبات الملك للبائع وسبب الملك في حق من وقت شهوده اسبق فكان هو بالمدعى
احق وان كان العين في ايديهما فهو بينهما الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق فحينئذ
يقضى لاسبقهما تاريخا وان كان في يد احدهما فهو لذي اليد سواء ارخ او لم
يؤرخ الا اذا ارخا وتاريخ الخارج اسبق فيقضى به للخارج ولو ادعى احدهما الشراء
من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة
والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من مملكهم فصار كما لو حضروا
وبرهنوا على الملك المطلق فانه يقضى بينهم ارباعا كذا هنا وان اقام الخارج وذو اليد
كل واحد منهما بينة على النتاج فذو اليد اولى لان دعوى النتاج دعوى اولية
الملك وقد استويا في اولية الملك فيترجح صاحب اليد باليد وهذا لان يد ذي اليد
لا تدل على اولية الملك فهو يثبت ببينته ما ليس بثابت له بظاهر يده فوجب قبول بينته
ثم ترجح بيده بخلاف الملك المطلق لان بينته لا تثبت الا ما هو ثابت بظاهر يده
وقال عيسى بن ابان رحمه الله الطريق عندي في النتاج تهاتر البينتين ليتيقن القاضي
بكذب احدهما اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين فيقضى بها لذي اليد قضاء ترك
لتهاتر البينتين وصار كانهما لم يقيما البينة ولو لم يقض لذي البينة يقضى لذي
اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج كذا هنا وهذا ليس بصحيح فقد ذكر في
خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى بينهما نصفين ولو كان الطريق
ما قال لكان ترك في يد ذي اليد فعلم ان القضاء لذي اليد قضاء استحقاق حتى لا يحلف
ذو اليد للخارج كذا في الذخيرة ولو اقام الخارج البينة انه عبده اشتراه من فلان

وأنه ولد في ملكه. ولو أقام ذو اليد أنه عبده اشتراه من فلان آخر وأنه ولد في ملك بائعه
قضى به لذي اليد لأن كل واحد منهما خصم في إثبات نتاج بائعه كما هو خصم
في إثبات ملك بائعه. ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان ذو اليد أولى
فهذا مثله. وإن أقام أحدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج أحق أيهما كان
لأن بينته قامت على أولية الملك صريحا فلا يثبت للآخر إلا بالتلقي منه والآخر لم يتلق منه
والأولية تثبت دلالة ولا عبرة بها مع الصريح. وكذا لو كان الدعوى بين خارجين
فبينة النتاج أحق لما بينا. ولو قضي بالنتاج لذي اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له
إلا أن يعيد ذو اليد البينة على النتاج لأن بينة ذي اليد ما قامت على المدعي هذا، وإنما
قامت على الأول فلم يصر الثالث مقضيا عليه بتلك القضية. وكذا لو ادعى ذو اليد والخارج
الملك المطلق وهو هنا وقضي على ذي اليد بالملك ثم أن ذا اليد المقضي عليه لو أقام البينة
على النتاج يقبل وينقض به القضاء الأول لأنه بمنزلة نص بخلافه والاجتهاد فينقض
الاجتهاد به وكذا هنا. وهذا لأنه ظهر أنه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذي اليد
أنها نتجت عنده والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل فينتقض قضاؤه كما لو ظهر نص
بخلافه. وكل سبب في الملك لا يتكرر فهو في معنى النتاج لأنه دعوى أولية الملك
وذلك كالنسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة واحدة كنسج الثياب القطنية وغزل القطن
وحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وإن كان سببا يتكرر
لا يكون في معنى النتاج فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس
وزراعة الحنطة والحبوب وإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة لأنهم أعرف به. وقد قال
الله تعالى فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون. فإن أشكل عليهم قضي به للخارج
لأن القضاء ببينة الخارج هو الأصل. وإنما عدلنا عن الأصل بخبر النتاج وهو ما روي
أن رجلا ادعى ناقة في يد رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته
نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يده فإذا لم يعلم يرجع إلى الأصل
فإذا ثبت هذا فنقول: إذا أقام خارج البينة أن هذا ثوب نسجه وأقام ذو اليد البينة
على مثل ذلك فإن كان يعلم أن مثل هذا لا ينسج إلا مرة واحدة فهو لذي اليد. وإن كان
يعلم أنه ينسج مرة بعد مرة فهو للخارج كالخز فإنه ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا
وإن كان مشكلا لا يستبين أنه ينسج مرة أو مرتين قضي به للمدعي. وإذا اختلفا في
الصوف فأقام كل واحد منهما البينة أنه صوفه جزه من غنمه فإنه يقضى به لذي
اليد لأن الجز لا يكون إلا مرة واحدة. وكذا المرعزى فكان هذا في معنى النتاج. فإن
قيل كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو ليس بسبب لأولية الملك فإن الصوف على ظهر
الشاة كان مملوكا له قبل الجز. قلنا نعم ولكنه كان كوصف الشاة ولم يكن مالا
مقصودا إلا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما تنازعا فيه مال مقصود. فإذا تنازعا

في نصل سيف

في نصل سيف فأقام كل واحد منهما البينة أنه سيفه ضربه فإنه يسأل أهل العلم بذلك من الصياقلة
فإن قالوا لا يضرب إلا مرة واحدة يقضى به لذي اليد. وإن قالوا يضرب مثله مرتين أو أشكل
عليهم فلم يعرفوا يقضى به للمدعي. وإن كانت الدعوى في غزل بين امرأتين فيقضى به
للتي هو في يدها لأن القطن لا يغزل إلا مرة فكان هذا في معنى النتاج إذ النتاج سبب لأولية الملك
في الدابة والغزل يثبت أولية الملك في المغزول. وإذا كانت الأرض والنخل في يد
رجل فأقام الآخر البينة أنها أرضه ونخله وأنه غرس هذا النخل وأقام ذو اليد البينة على مثل
ذلك يقضى بها للمدعي. وكذا الكرم والشجر لأن أصل المنازعة في ملك الأرض والنخل تبع
للأرض بلا ذكر. وليس لواحد منهما في الأرض معنى النتاج. ولأن النخل تغرس غير مرة فقد
يغرسها إنسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج. وإن كانت الدعوى
في حنطة وأقام كل واحد منهما البينة أنها حنطته زرعها في أرضه قضي بها للمدعي لأن
الزرع قد يكون غير مرة فإن الحنطة قد تزرع في الأرض ثم يغربل التراب فتميز الحنطة
منها ثم تزرع ثانية فلم يكن في معنى النتاج. وكذا كل ما يزرع مما يكال أو يوزن. وإذا تنازعا
في جبن فأقام الخارج وذو اليد كل واحد منهما أنه جبنه صنعه في ملكه فهو لذي اليد لأن
الحس لأنه الأمر فهو سبب لأولية كالنتاج. وكذا إذا أقام كل واحد منهما البينة أن اللبن حلب
في يده وملكه قضي لذي اليد لأن الدعوى وقعت في أولية الملك فيقضى لذي اليد. فإن أقام
بينة على الملك وذو اليد بينة على الشراء منه فذو اليد أولى لأن الخارج إن ادعى أولية الملك
فذو اليد يدعي انتقال الملك من جهته ولا تنافي في هذا فصار كما لو أقر ذو اليد بالملك
للخارج ثم ادعى أنه اشتراه منه وأقام ذو اليد البينة. ولو أقام الخارج البينة أن فلانا القاضي
قضى له بهذه الأمة بشهادة الشهود أنها له. وأقام ذو اليد البينة على النتاج فعند أبي حنيفة
رحمه الله يقضى بها للخارج لأن القضاء قد صح ظاهرا فلا ينقض ما لم يظهر خطؤه بيقين ولم يظهر
لأن شهادة الشهود أنها له يحتمل أنها له اشتراها من ذي اليد ولكنهم تركوا هذه الزيادة فصار
كما لو شهدوا أنه قضى له ولم يزيدوا على ذلك. وعند محمد رحمه الله يقضى بها لذي اليد
لأن شهود الخارج أثبتوا الملك للخارج بسبب أظهروه وهو القضاء بشهادة الشهود أنها له فلا
يزاد عليه وصار كما لو شهدوا على إقرار القاضي بأنه قضى له بشهادة الشهود. دار في يد
رجل ادعى خارج أنه اشتراها من ذي اليد وادعى ذو اليد أنه اشتراها من الخارج وأقاما البينة
ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا وتترك الدار في يد ذي اليد
بغير قضاء. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وعند محمد رحمه الله يقضى بالبينتين
ويقضى بها لذي اليد إن ذكروا القبض لأن البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن
وقد أمكن لأنهما أثبتا العقدين والقبضين فيجعل كأن ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها
وسلمها. وإن لم يذكروا القبض يقضى بها للخارج لأنهما ما أثبتا القبض بالشهادة وقد ثبت القبض
عيانا وهي دلالة السبق فجعلنا ذا اليد مشتريا لها من الخارج أولا وقد قبضها ثم باعها من الخارج

فيؤمر بتسليمها اليه ولا ينعكس لانا لو جعلنا شرا الخارج اولا لم يصح بيعه لان البيع قبل القبض
لا يصح وان كان في العقار عند محمد رحمه الله ولبني انتم القبض حتى يصح فنقول ذا زيادة
على ما قامت به البينة فلا يجوز ولما ان البينتين تعارضتا والتنافي متحقق بين موجبيهما
فتعين التهاتر اذ لا يمكن ان يجعل كل واحد منهما بايعا ومشتريا في ساعة واحدة
ولا دلالة على السبق ولا مرجحان لاحديهما على الاخرى ولان الاقدام على الشرا اقرار منه بالملك
للبايع كان كل واحد منهما اقام البينة على اقرار صاحبه بالملك له ولو كان كذلك يتهاتر
الاقراران جميعا ثم لو شهد البينتان على نقد الثمن تقع المقاصة عندهما لانه لما لم يقض
بالعقدين عندهما بقي قبض مضمون للثمن من كل جانب فيجب على كل واحد منهما رد المقبوض
ان كان قايما وان كان هالكا تقع المقاصة وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب
محمد رحمه الله لوجوب الثمن عنده ثم ذكر في الهداية ولو شهد الفريقان بالبيع او القبض
تهاترا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رحمه الله لجواز البيع كل واحد من البيعين
وهذا بخلاف ما ذكرنا اولا من المبسوط والجامع الكبير وغيرهما وهذا اذا لم يوقتا
فان وقتت البينتان وقتين فان كان وقت الخارج سابقا ولم يشهد الشهود بالقبض
قضي بها للذي اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان شراءه ثبت سابقا
ثم اشترى منه ذو اليد قبل التسليم وبيع العقار قبل القبض جايز عندهما وعند
محمد رحمه الله يقضى بها للخارج لانه لا يجوز بيع العقار قبل القبض وان شهدوا
بالقبض يقضى بها لذي اليد عندهم كان البايع باعها من بايعه بعد ما قبضها وكان
بيع المبيع بعد القبض وان كان وقت ذي اليد سابقا يقضى بها للخارج سواء شهدوا
بالقبض او لم يشهدوا فيجعل كان ذو اليد اشترى اولا على ما شهد به شهوده ثم
باع من الخارج ولم يسلم اليه او سلم اليه ثم عاد الى ذي اليد بوجه اخر فيؤمر بالتسليم
اليه دار في يد زيد برهن عمرو على انه باعها من بكر بالف وبرهن بكر على انه باعها من
عمرو بمايتي دينار وجحد زيد ذلك كله قضي بالدار بين المدعيين ولا يقضي بشيء من الثمنين
لانه تعذر القضا بالبيع لجهالة التاريخ ولم يتعذر القضا بالملك وعند محمد رحمه الله
يقضي بها بينهما ولكل واحد نصف الثمن على صاحبه لانه لم يسلم لكل واحد الا نصف
المبيع ولو ادعت امراة شرا الدار من عمرو بالف وعمرو ادعى انه اشتراها منها بالف وزيد
وهو ذو اليد يدعي انه اشتراها من عمرو بالف واقاموا البينة قضي لذي اليد لتعارض
بينتي غيره وعند محمد رحمه الله يقضى بالدار لذي اليد بالف عليه للخارج ويقضي لها بالف
على الخارج لان ذا اليد والمراة ادعيا التلقي من الخارج فيجعل كانها في يده وكذا
لو كانت في يد عمرو ولو كانت في يدها بطلت البينتان ولا ترجح بزيادة عدد وعدالة
حتى لو اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء وعند الشافعي رحمه الله
يقضى لاكثرهما عددا لان القلب الى قول الاكثر اميل وعند مالك رحمه الله يقضى

باعدل

باعدل البينتين لان الشهادة انما صارت حجة بالعدالة فالاعدل في كونه حجة اقوى
فكان اولى ولنا ان الترجيح لا يقع بكثرة العلل حتى لا يترجح القياس بقياس اخر ولا الحديث
بحديث اخر وشهادة كل شاهدين علة تامة فلا تصلح للترجيح والعدالة ليست
لها حد فلا يقع الترجيح بها وقمط ووجه حايط حتى لو كان حص بين دارين
فادعى كل واحد من صاحبي الدارين والقمط الى احدهما او اختلفا في حايط ووجهه
الى احدهما فهو بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله لاستوايهما في الدعوى واليد وعندهما
يقضى به لمن اليه القمط ووجه الحايط بدلالة الظاهر والعادة قلنا العادة مشتركة
فقد يقوم السداد من ذلك الجانب وقد يحسن وجه الحايط الى مراى الناس دار في يد رجل
ادعى رجل نصفها وادعى اخر كلها وبرهنا على ذلك فعند ابي حنيفة رحمه الله تقسم الدار
بين المدعيين على المنازعة ارباعا ربعها لمدعي النصف وثلثة ارباعها لمدعي الكل لان
مدعي النصف لا منازعة له فيما وراء النصف فيسلم النصف لمدعي الكل بلا منازعة واستوت ث
منازعتهما في النصف الاخر فيتنصف بينهما في النصف الاخر فيتنصف بينهما فتجعل الدار على
اربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة وعندهما يقسم
بينهما اثلاثا على طريق العول والمضاربة فيضرب صاحب الكل بكل حقه سهمين اذ الدار
جعلت سهمين لحاجتنا الى النصف وصاحب النصف سهم فتصير بينهم اثلاثا ثلثاها لمدعي
الكل وثلثها لمدعي النصف ولهذه المسئلة نظاير واضداد فمن نظايرها الموصى له بكل
المال والموصى له بنصفه لاخر عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم
يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد الماذون المشترك اذا اداه احد الموليين مايه
درهم واجنبي مايه وبيع بمايتين فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله
بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطا
وفقا عين اخر وغرم المولى قيمته لهما وسيجي في كتاب الديات نظايرها واضدادها
على الاستقصا مع الاصول ان شا الله تعالى ولو كانت الدار في ايديهما وبرهنا فالدار كلها
لصاحب الجميع نصفها على وجه القضا ونصفها لا على وجه القضا لان دعوى كل واحد
منهما منصرفة الى ما في يده لتكون يده يدا محقة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة
واجب فمدعي النصف لا يدعي شيا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في
يده فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة فبقي في يده لا على طريق القضا اذ لا قضا بلا دعوى
فاجتمع بينة الخارج وبينة ذي اليد فيما في يد صاحب النصف فبينة الخارج اولى بالقبول
ولو كانت الدار في يد ثلثة فادعى الكامل كلها والثلث ثلثيها والنصف نصفها وفي يد كل
واحد ثلثها واقاموا البينة قسمت بينهم بطريق المنازعة عند ابي حنيفة رحمه الله ووجه
ذلك انا نجعل الدار على ستة لحاجتنا الى الثلثين والنصف واقل مخرجه ستة في يد كل
واحد سهمان ثم نجمع بين دعوى الكامل والثلث على ما في يد النصف فالكامل يدعي كله

والثلث يدعي نصفه لانه يقول حقي في الثلثين وسلم لي الثلث وبقي لي ثلث آخر نصفه في يد الكامل
ونصفه في يد النصف. فالنصف للكامل بلا نزاع وذا اسهم. والنصف الآخر بينهما انصافا
فيضرب مخرج النصف وهو اثنان في ستة فصار اثنا عشر ثم نجمع بين دعوى الكامل
والنصف على ما في يد الثلث وهو اربعة فالكامل يدعي كله والنصف اربعة لانه يقول
حقي في النصف ستة والثلث في يدي وقد بقي سدس الدار سهمان سهم في يد الثلث وسهم
في يد الكامل فسلمت ثلثه للكامل وتنازعا في سهم فانكسر فضعفنا اصل الحساب.
فصارت الدار اربعة وعشرين في يد كل واحد ثمانية فنجمع بين دعوى الكامل
والثلث على الثمانية التي في يد النصف فاربعة سلمت للكامل بلا نزاع والاربعة الاخرى
بينهما نصفان لاستوائهما في النزاع فحصل للكامل ستة وللثلث سهمان. ثم نجمع بين الكامل
والنصف فيما في يد الثلث فالنصف يدعي ربع ما في يده سهمين فسلمت ستة للكامل
واستوت منازعتهما في سهمين فصار لكل واحد سهم فحصل للكامل سبعة وللنصف
سهم. ثم نجمع بين دعوى النصف والثلث على ما في يد الكامل فالثلث يدعي نصف ما في يده
والنصف يدعي ربع ما في يده وفي المال سعة فيأخذ الثلث اربعة والنصف سهمين وبقي
في يد الكامل سهمان فحصل للنصف مما في يد الثلث سهم ومما في يد الكامل سهمان وذا ثلاثة اثمان
الدار. وحصل للكامل مما في يد النصف ستة ومما في يد الثلث سبعة ومما في يده سهمان
فجميعه خمسة عشر وهي خمسة اثمان الدار. وحصل للثلث مما في يد النصف سهمان ومما في يد
الكامل اربعة وذا ستة ربع الدار. وعندهما تقسم بطريق العول فنجمع بين دعوى
الكامل والثلث على ما في يد النصف فالكامل يدعي كله والثلث يدعي نصفه فيأخذ اقل
عدد له نصف وذا اثنان فيضرب الكامل بكله سهمين والثلث بنصفه سهم فعالت الى
ثلثة ثم نجمع بين دعوى الكامل والنصف على ما في يد الثلث والكامل يدعي كله والنصف
يدعي ربعه ومخرج الربع اربعة فيضرب هذا بربعه سهم وذا بكله اربعة فعال ما في يده
الى خمسة. ثم نجمع بين دعوى الثلث والنصف على ما في يد الكامل فالثلث يدعي نصف ما
في يده والنصف يدعي ربع ما في يده والنصف والربع يخرجان من اربعة فيجعل ما في يده
اربعة وفي المال سعة فنصفه سهمان للثلث وربعه سهم للنصف وبقي الربع للكامل وانكسر
حساب الدار على ثلثة واربعة وخمسة فوجدناها متباينة فضربنا الثلاثة في الاربعة فصار
اثنا عشر ثم ضربنا اثنا عشر في خمسة فصارت ستين ثم ضربناها في اصل المسئلة ثلاثة
لان الدار في ايديهم اثلاثا فصارت مائة وثمانين في يد كل واحد منهم ستون فما في يد النصف
ثلث ذلك للثلث عشرون وثلثاه للكامل اربعون وما في يد الثلث خمسه اثنا عشر واربعة
اخماسه ثمانية واربعون للكامل وما في يد الكامل نصفه للثلث ثلاثون وربعه للنصف
خمسة عشر. وبقي الربع في يده فجميع ما حصل للكامل مائة وثلاثة وجميع ما حصل للثلث
خمسون. وجميع ما حصل للنصف سبعة وعشرون. ولو كانت في يد غيرهم والمسئلة بحالها
قسمت

قسمت بينهم على طريق المنازعة عنده. وبيانه انا نحتاج الى حساب له ثلثان ونصف واقله
ستة. فالثلث يدعي اربعة والنصف ثلثة ولا منازعة لهما في سهمين فهما للكامل والنصف لا يدعي
الا ثلثة فخلا سهم عن منازعته ومنازعة الكامل والثلث فيه على السواء فيكون بينهما فانكسر
بالنصف فضربنا مخرج النصف في ستة فصار اثنا عشر فالثلث لا يدعي اكثر من ثمانية والنصف
لا يدعي اكثر من ستة فسلم للكامل اربعة وسهمان بين الكامل والثلث لكل واحد منهما سهم.
وبقيت ستة استوت منازعتهم فيها فكان لكل واحد سهمان منه فاصاب الكامل سبعة
من اثنا عشر. واصاب الثلث ثلثة من اثنا عشر. واصاب النصف سهمان. وعندهما يقسم بطريق
العول فيضرب الكامل بالكل ستة والثلث بالثلثين اربعة والنصف بالنصف ثلثة فصار الكل
ثلثة عشر للكامل ستة وللثلث اربعة وللنصف ثلثة. ولو تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما
البينة انها نتجت عنده ووقتا فقضي لمن وافق سنها بشهادة الظاهر له. فان اشكل ذلك فهي لهما
لانه لما سقط التوقيت صار كانهما لم يذكرا تاريخا فيقضى بينهما لاستوائهما. وان خالف سن
الدابة الوقتين بطلت البينتان لظهور كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده. عبد في يد
رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في
الاستحقاق. دار وعبد في يد رجل برهن رجلان كل واحد منهما انه اشتراها من ذي اليد
بهذا العبد الذي في يده وسلم العبد اليه قضي بالدار لهما لاستوائهما في الحجة وخيرا لما مر. فان
امضيا فالدار والعبد بينهما لانه لم يسلم لكل واحد منهما الا نصف المعوض فيرجع كل واحد
بنصف العوض. فان فسخا العقد فالعبد وقيمته بينهما. اي يضمن المدعى عليه لكل واحد
نصف قيمة العبد. لانه اثبت كل واحد بحجته تسليم كل العبد وقد سلم الى كل واحد نصف
العبد فيضمن لكل واحد نصف قيمته تكميلا لحقه. وكذا لو كانت الدار في ايديهما
لان المعنى لا يتفاوت. ولو كانت الدار في يد احدهما يقضى بالدار له. لان تمكنه
من قبضه يدل على ان شراءه اسبق فكان المقضي له احق. والعبد للآخر لانه لم يسلم له من الدار
فيرجع بكل العوض. وان ارخا الشراء يقضى لاسبقهما تاريخا والدار في يد اي كانت. لان
تقدم شرائه يبطل شراء الآخر وقبضه ايضا. بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين ووقت
احدهما اسبق فانه يقضى بينهما. لان في البائعين تقدم بيع الآخر. وفي البائع الواحد بيعه الاول بيع احدهما الاول
يبطل البيع الثاني فيقضى للاول. وان ارخ احدهما دون الآخر والدار في يد المدعي يقضى
للمؤرخ بالدار وبالعبد للآخر لان الشراء حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهو ما قبل الدعوى
فكان شراء المؤرخ سابقا. وان كان لاحدهما تاريخ وللآخر قبض فالمعاين احق من المشهود
به فليس الخبر كالمعاينة. ولو كانت الدار في ايديهما احدهما واطلق الآخر قضي بالدار والعبد
بينهما. لان المؤرخ له فيما في يده تاريخ وقبض معاين وليس للآخر في ذلك شيء فصار هو اولى
بما في يده. ولصاحبه فيما في يده قبض معاين وليس للآخر فيه الا التاريخ فكان صاحب القبض
اولى فيقضى بالدار والعبد بينهما. وكذا لو ادعيا ملكا مطلقا وارخ احدهما

واطلق الآخر فهو بينهما في ظاهر الرواية وقد مرت المسألة بتقاسيمها • رجل اشترى دارا بعبد
وسلم العبد والدار في يد غير البائع فجاء المشتري ليقبض الدار وطلب تسليمها فقال ذو اليد
هي لي ثم إنه رهن الدار من المشتري أو وهبها له أو أعار أو أودع أو آجر أو غصب لا يرجع
بالعبد على البائع لأنه سلم له المبيع وهو الدار لأنه لما وصل إليه حصل كالوصول بجهة البيع
فينبغي أن يسلم العبد للبائع • ولو رجع ذو اليد في الدار رجع المشتري بقيمته بعبده
لانتقاض قبضه • ولو كان مكان الدار أمة فهلكت عند المشتري أو أبقت وضمنه
ذو اليد بأن كان غصبها منه رجع المشتري على البائع بعبده • لأن استحقاق قيمة الأمة
كاستحقاق الأمة • حتى لو ظهرت الأمة يسلم للمشتري ويسلم العبد له أيضا • إذ الأمة سلمت
له بالضمان لا بالبيع • فلو خاصم المشتري ذا اليد في تسليم الدار ولم يقدر على الوصول إليه
وفسخ القاضي البيع للعجز ثم وصلت الدار إليه بالهبة أو بما ذكرنا فالفسخ ماض ويسلم له
العبد والدار • لأن القاضي فسخ بيع الدار بسبب موجب للفسخ وهو العجز عن التسليم
فنفذ فسخه ظاهرا وباطنا فلا يعود البيع وإن زال العجز بعده • كما لو فسخ البيع بالعيب
ثم يزول العيب • رجل اشترى دارا بعبد وتقاضيا فاستحق نصف الدار خير مشتري
الدار في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه • ولا خيار لمشتري العبد وإن لم يسلم له إلا
نصف العبد لأن الجناية منه حيث دلس الأمر على صاحبه • ولأنه متى باع كل الدار وليس
له إلا النصف فقد رضي بالشركة في العبد • ولو استحق نصف الدار ونصف العبد
خيرا لوجود علة الخيار في البدلين وهو عيب الشركة لا بفعله فإن زال عيب الشركة
عن أحد البدلين بوصول ذلك النصف إليه بهبة أو إرث أو نحوهما بطل خياره وبقي الآخر
على خياره • برهن رجل على رجل أنه فقأ عين عبد له غائب لا يسمع قبل حضور الغائب • لأن
القضاء بالأرش يريدون ملك الأصل متعذر وملك الأصل لم يثبت بعد لكونه غائبا حتى لو
حضر العبد فأنكر كان الأرش له دون المدعي • بخلاف الميت والصغير والدابة والإقرار
حيث يقضى فيها أما الإقرار فصورته أن يقر المدعى عليه أنه فقأ عين العبد وهو ملك
المدعي والعبد غائب فإنه يقضى بأرش العين للمدعي لأن إقراره حجة في حقه فقط بخلاف
البينة لأنها حجة متعدية • وأما الدابة فصورته أن يدعي أنه فقأ عين برذون له غائب فإنه
يقضى له عليه بربع القيمة فلأنه لا يد له على نفسه فلا يكون قضاء على الغائب • بخلاف العبد
في يد نفسه • وإنما يقضى بربع قيمته لأن العين من الآدمي مضمون بنصف الدية وبنصف
القيمة • ومن الفرس والحمار والبغل والبعير وما يركب أو يحمل بربع القيمة ومن الشاة بما ينقص
والصغير كالدابة لأنه لا يعبر عن نفسه • وكذا الميت لأنه لا يد له • فإن جاء رجل والدابة
في يده سلمت له لا الأرش • لأن اليد في الحال لا تدل على الملك فيما مضى لكن الدابة له • إلا أن يبرهن
أنها له وكانت له يوم الفقء فحينئذ يستحق الأرش • إلا أن يعيد المدعي الأول البينة
أن الدابة له وأنه فقأ عينها وهو في يد مبتدئ له فحينئذ تكون بينته أولى لأنه خارج والدعوى

وإن كانت في الأرش ولكنه تبع للنفس • الناس أحرار إلا في الشهادة والحدود والقصاص
والعقل كذا روي عن عمر رضي الله عنه وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم • ادعى على شخص
مجهول الحال أنه عبده فأنكر وقال أنا حر الأصل فالقول له • لأن الأصل في الآدمي الحرية
لأنه ولد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران والدار دار الأحرار • فإن أثبت المدعي بالبينة
أن نصفه له حكم به لقيام المبدل في النصف وتوقف الحكم في النصف فلا حكم فيه برق
ولا حرية • أما الرق فلأنه لم يعرف له مالك والقضاء لا بد له من مقضي له • وأما العتق فلأنه
لما قضي برق النصف تعذر القضاء بالعتق لأنه لا يتجزأ فبقي موقوفا • وحكمه حكم العبد في
الشهادة والحدود وغيرهما لأنه قضي برقه • فإن قتله رجل خطأ سئل ولي القتيل العبد
هو أم حر • فإن قال عبد خير سيده بين دفع النصف أو الفداء بنصف الدية • وإن
قال حر لا شيء عليه لأنه يدعي وجوب الدية على العاقلة • وإن فقئت عينه قضي للمولى
بنصف أرشه ويوقف نصفه لأن أرش العين يملك بملك الرقبة وقد ثبت له ذلك النصف
فيستحق نصف الأرش • ادعى بكر شيئا هو في يدي سعد وزيد وبرهن أنه له • وكل واحد
منهما برهن أنه له فنصفه لبكر ونصفه لهما لأن كل واحد منهما خارج فيما في يد صاحبه
ويشاركه بكر كل واحد منهما في استحقاق جميع ما في يد صاحبه • فبكر مع سعد برهنا
على ما في يد زيد فيقضى بينهما لأنهما خارجان • وكذا فيما في يد الآخر • فلو ادعى بكر الغصب
أو الوديعة على سعد فربعه لزيد وما بقي لبكر • فالحاصل أن لبكر ثلاثة أرباع البيت
ولزيد ربع البيت لأن النصف الذي في يد سعد بينة سعد فيه غير مقبولة • وبينة بكر
وزيد فيه مقبولتان مستويتان • لأن كل واحد يدعي ملكا مطلقا لأن بكرا لا يدعي
الغصب عليه فيقضى بذلك النصف بين زيد وبكر نصفين • وأما النصف الذي في يد زيد
فبينته غير مقبولة وكذا بينة سعد • لأن بينة بكر ترجحت لأنه يثبت غصب كل البيت
بالحجة وهو لم يعارضه بمثله وكل شيء يصل إليه من البيت يجب تسليمه إلى بكر والأصل
أن الخارجين إذا تنازعا في عين وادعى أحدهما الغصب على صاحبه وبرهنا فالقاضي يقضي
ببينة مدعي الغصب ولا يقضي ببينة المدعى عليه الغصبية كذا هنا • ولو ادعى بكر
الغصب على سعد وسعد عليه وادعى زيد ملكا مطلقا فنصفه لبكر ونصفه لهما
للتعارض في دعوى الغصب فبقي دعوى الملك • ولو ادعى بكر على سعد وسعد على زيد وادعى
زيد مطلقا فربعه لزيد وما بقي لبكر • وهذا لأن ما في يد زيد يصير لبكر لأنه أثبت الغصب
على سعد في كل البيت ولم يعارضه بمثله بل ادعى الغصب على زيد فصار بكر أحق بهذا
النصف وما في يد سعد بين بكر وزيد نصفان لاستوائهما فكل واحد منهما لا يدعي الغصب
على صاحبه فكان بينهما نصفان فلهذا أقضي لبكر بثلاثة أرباع البيت • ولو ادعى بكر على سعد
وسعد على زيد وزيد على بكر فلزمه النصف الذي في يد سعد ولبكر النصف الذي في يد
زيد • ولو ادعيا الغصب على بكر وهو على سعد فلزيد النصف الذي في يد سعد وما في يد زيد

بين بكر وسعيد لا يستوي أيهما وكل واحد منهما يثبت الغصب على صاحبه **فصل**
الراكب واللابس أحق من آخذ اللجام والكم حتى لو تنازعا في دابة أو قميص وأحدهما راكبها
أو لابسه والآخر متعلق بلجامها أو بكمه فالراكب واللابس أولى في كون هذا اليد لأنه يتصرف
تصرف الملاك. وكذا لو كان أحدهما راكبا في السرج وغيره يكون رديفا بخلاف
ما لو كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستواء أيديهما تصرفا. ولو تنازعا في بساط وأحدهما
جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما لا على طريق القضاء لأن القعود ليس بيد عليه
والآخر متعلق به فهو بينهما لا على طريق القضاء حتى لا يصير غاصبا بساط الغير بمجرد
القعود عليه. بخلاف الركوب على الدابة فإنه يصير غاصبا بمجرد الركوب بغير الإذن
كذا حمل وجذع واتصال من الغير أي لو تنازعا في بعير وعليه حمل لأحدهما فصاحب
الحمل أحق لأنه المتصرف. وإذا كان حائط لرجل عليه جذوع أو متصل ببنائه
وللآخر عليه هرادي تنازعا في الحائط كل واحد يدعي أن الحائط له فهو لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليس بشيء. لأن صاحب الجذوع مستعمل في الحائط بما وضع له الحائط وهو وضع
الجذوع لأن اتخاذ الحائط للتسقيف وذا بالجذوع يكون وصاحب الهرادي صاحب
تعلق لا صاحب استعمال ولأن الحائط لم يبن لوضع الهرادي عليه فصار كدابة
تنازع فيها رجلان لأحدهما حمل وللآخر كوز معلق أو مخلاة معلقة فصاحب
الحمل أولى كذا هنا. والاتصال ضربان اتصال تربيع واتصال ملازقة. فالأول هو
المراد وتفسيره أن يكون أنصاف لبنات الحائط المتنازع فيه متداخلة في أنصاف لبنات
الحائط الذي لا نزاع فيه. وإن كان الحائط من خشب بأن يكون ساجة أحدهما مركبة
في الأخرى. وهذا ظاهر الرواية وهو شاهد ظاهر لصاحبه لأن الظاهر أنه هو الذي
بناه مع حائطه فمداخلة أنصاف اللبن لا يتصور إلا عند بناء الحائطين معا فكان أولى
وقوله والهرادي ليس بشيء يدل على أنه لا اعتبار للهرادي أصلا وكذا البواري لأنه
لما لم يكن استعمالا له وضعا إذ الحائط لا يبنى لهما. وإنما يبنى للتسقيف والتسقيف
لا يمكن على الهرادي والبواري صار معدوما حكما. حتى لو تنازعا في حائط لأحدهما
عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولا يختص صاحب الهرادي. ولو كان لكل واحد
منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستواء أيديهما ولا معتبر بالأكثر منهما بعد الثلاثة. حتى
لو كان لأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر ثلاث خشبات فهو بينهما نصفان لأن
لكل واحد منهما عليه حملا مقصودا يبنى الحائط لأجله فلا يعتبر التفاوت لأجل ذلك
في القلة والكثرة بعد تمام النصاب إذ الثلاث أقل الجمع كما لو تنازعا في دابة ولأحدهما
عليها خمسون منا وللآخر مائة من كانت بينهما نصفين. ولو كان لأحدهما عليه عشر
خشبات وللآخر خشبة فلكل واحد منهما ما تحت خشبته ذكره في كتاب الدعاوى
والقياس أن يقضى بينهما نصفان وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا معتبر بالكثرة

في نفس الحجة فيستويان. وذكر في كتاب الإقرار أن الحائط كله لصاحب عشر خشبات
إلا موضع الخشبة فإنه لصاحبها لا لصاحب العشرة لأن لصاحب العشرة عليه حملا مقصودا يبنى الحائط لأجله
وليس لصاحب الخشبة الواحدة مثل ذلك. لأن الحائط لا يبنى لأجل خشبة واحدة وكان
الظاهر شاهدا لصاحب العشر إلا أنه لا يرفع خشبته بل يبقى له حق الوضع. لأن استحقاق صاحب
الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة وهو ليس للاستحقاق بيده. ووجه رواية كتاب
الدعوى أن الاستحقاق باعتبار وضع الخشبة فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت
خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع. فأما ما بين الخشبات فلم يذكر
في الكتاب أنه لأيهما يقضى. قال بعضهم يقضى بالكل بينهما على أحد عشر سهما عشرة
لصاحب الخشبات وسهم لصاحب الخشبة اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل
خشبة من الحائط. وأكثرهم على أنه يقضى بالكل لصاحب عشر خشبات لا لموضع
خشبته إلا موضع الخشبة الواحدة لضرورة استعمال صاحبها. إذ يدل على ذلك القدر الظاهر
فيقضى بما سواه لذي الخشبات إذ الثابت بالضرورة لا يعدو موضعها. وقيل يقضى
بما بين الخشبات بينهما نصفين لأن كل واحد منهما مستعمل للحائط إلا أن أحدهما
أكثر استعمالا ولا ترجيح بكثرة العلة. ولو كان لأحدهما عليه جذوع وللآخر
اتصال فهو لصاحب الجذوع لأن له استعمالا وتصرفا. ولصاحب الاتصال يدا والتصرف
أقوى لأنه المقصود بالبناء. وقال الطحاوي صاحب الاتصال أقوى لأن الحائطين
صارا في حكم حائط واحد باتصال مداخلة اللبنات وبعضه لأحدهما بالاتفاق. ومن
ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ويرد المختلف فيه إلى المتفق عليه. ثوب في يد رجل
وطرف منه في يد آخر تنازعا فيه فهو بينهما نصفان. لأن كل واحد منهما أثبت يده
على هذا الثوب إلا أن يد أحدهما تثبت في أكثره ويد الآخر تثبت في أقله والزيادة من
جنس الحجة فلا توجب ترجيحا فزيادة في الاستحقاق كما لو أقام أحد المدعيين شاهدين
وأقام الآخر أربعة. صبي في يده رجل وهو يعبر عن نفسه أي يعقل فحرى ما يجري على اللسان نه
فقال إني حر فالقول قوله لأنه في يد نفسه فكان هو صاحب اليد وكان المدعي خارجا والقول
قول صاحب اليد. وهذا لأن الأصل أن يكون لكل إنسان يد على نفسه إبانة لمعنى الكرامة
إذ كونه في يد غيره دليل الإهانة. ومع قيام يده على نفسه لا تثبت يد الغير عليه به
للتنافي بين اليدين إلا إذا سقط اعتبار يده شرعا فحينئذ يعتبر يد الغير عليه وسقوط
اعتبار يده قد يكون لعدم أهليته بأن كان صغيرا لا يعبر عن نفسه أي لا يعقل
ما يقول وقد يكون بثبوت الرق عليه لأن الرق عبارة عن عجز حكمي واليد عبارة عن
القدرة وبينهما تفاوت فإذا ثبت الضعف انتفت القدرة. ولو قال أنا عبد لفلان
لغير ذي اليد وهو يعبر عن نفسه. وقال الذي هو في يده إنه عبدي فهو للذي في يده
لأنه متى أقر على نفسه بالرق فقد أقر بسقوط اعتبار يده فكانت يد صاحب اليد عليه

معتبرة شرعا فكان القول لذي اليد انه له ولا تنقطع يده الا بحجة وشهادة العبد
ليست بحجة • فان قيل كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار والصغير
يتمحض من المضار ويبعد من المضار • قلنا ثبوت يد غيره ذي اليد لا باقراره وباقراره
اندفع المعارض • وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على
نفسه فكانت يد صاحب اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه
وهو بمنزلة الثوب والبهيمة • فلو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر الرق عليه
في حال صباه فلا ينتقض الامر الثابت ظاهرا بلا حجة • عشرة ابيات من رجل وبيت
في يد اخر تنازعا في الساحة فالساحة بينهما نصفان لانهما سواء في استعمال الساحة
لان استعمال الساحة بالمرور وهما في حق المرور سيان ولعل مرور صاحب القليل اكثر
بان كان دخولا وخروجا • على ان الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة • وصار
كالطريق يستوي فيه صاحب الدار والمنزل والبيت • ارض ادعاها رجلان اي
ادعى كل واحد منهما انها في يده لم يقض بانها في يد احدهما الا بالبينة • لان اليد حق
مقصود ويستحق الانسان بها حقا مقصودا كالملك ولو ادعيا الملك لا يقضى لاحدهما
بلا بينة كذا هنا • ولان اليد غير مشاهد فيها لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي
فالبينة تبينه • ولانه جاز ان تكون في يد غيرهما فلو قضي لاحدهما او لهما باليد لا تبطل يد
صاحب اليد بلا حجة وانه لا يجوز • فان اقام احدهما البينة جعلت في يده لانه نور دعواه
بالحجة وجعل الاخر خارجا • فان اقاما البينة قضي باليد لهما اعتبارا لليد بالملك • وان لبن احدهما
في الارض لبنا وهو فيها او بنى او حفر فيها فهي في يده لان من ضرورة الاستعمال اثبات اليد
كالركوب في الدواب واللبس في الثياب • ادعى دارا انها ارثا او شراء فشهدا بملك مطلق لم يقبل
وبعكسه يقبل وينبغي للقاضي ان يسال المدعي اتدعي الملك بهذا السبب الذي شهد به
الشهود ام تدعيه بسبب اخر • فان قال ادعيه بهذا السبب تقبل شهادة شهوده ويقضى له
بالملك بهذا السبب • وان قال ادعيه بسبب اخر او قال لا ادعيه بهذا السبب لا تقبل
شهادة شهوده ولا يقضى له بالملك • والاصل ان الشهود اذا شهدوا باكثر من الدعوى
صار المدعي مكذبا لهم فبطلت شهادتهم • واذا شهدوا باقل مما ادعى المدعي تقبل والملك المطلق
ازيد من الملك المقيد لانه ثبت من الملك الاصل والملك بسبب يقتصر على ادنى ما يمكن
لان السبب من الحوادث • الا ترى ان القضاء بالملك المطلق يوجب استحقاق الزوائد والقضاء
بملك بسبب لا يوجب استحقاق شيء من الزوائد الا بتاريخ • قضي له بدار فاقر انها ملك لفلان
لا حق لي فيها وصدقه المقر له فهي للمقر له ولا يضمن المقر وان كان في مجلس القضاء لانه يحتمل
انه باع منه قبل القضاء بشرط الخيار ثم غصب المقضي عليه الدار منه فوافق مضي المدة
مجلس القضاء • ولو قال ما كانت لي قط ولكنها لفلان وصدقه المقر له ينتقض القضاء
وترد الدار على المقضي عليه ولا شيء للمقر له • لان المقر والمقر له تصادقا ان الشهود زوروا

ان القضا

ان القضاء باطل وان اقراره باطل حصل في ملك الغير • ولو قال المقر له ما كانت لي قط
هي للمقر ولكن اشتريتها منه فهي للمقر له وضمن المقر قيمتها للمقضي عليه • لان اقراره
صح اذ القاضي قضى له بالدار فكان مقرا بما هو مملوك • وقوله ما كانت لي قط يتضمن
بطلان الاقرار والرجوع عنه وقد كذبه المقر في ذلك فلم يبطل اقراره في حق المقر له
ويجب على المقر قيمة الدار للمقضي عليه • لان في زعم المقر ان الدار ملك المقضي عليه
وان القاضي اخطا في قضائه بالدار لي وقد عجز عن ردها باقراره فيضمن قيمتها • ولو قال
قبل القضاء هي لفلان وصدقه لم يقض له • لان قوله لفلان يحتمل النفي من الاصل
فيكون اكذابا للشهود فلا يجوز القضاء • ويحتمل انها لفلان لاني ملكتها منه
بعد الشهادة فلا يكون اكذابا فلا يجوز القضاء فلا يقضى بالشك الا ان يقول متصلا
بعتها منه بعد الشهادة • لان هذا البيان انتفى احتمال انه ليس له من الاصل وانما شرط
الاتصال لانه بيان مغير • اقر ذو اليد لرجل بدار فقال المقر له ما كانت لي قط ولكنها
لفلان موصولا وصدقه المقر له الثاني يدفع الى المقر له الثاني • لان الاول والثاني
يتغيبان والثالث يدعي ولا مزاحم له • ولو مفصولا لا • اي لو قال المقر له ما كانت
لي قط وسكت ثم قال هي لفلان فانها للمقر الاول لانه ابطل اقراره بالسكوت • ادعى
دارا ارثا من ابيه فشهدا ان اباه مات فيها فانها كانت دار مات فيها او كانت
لابيه مات فيها • او مات وهو جالس على هذا الفراش او قاعد او نائم لا تقبل لانهما
لم يشهدا بالملك ولا باليد الدالة عليه • ولو شهد انه ساكن في هذه الدار او لابس
هذا الثوب او هذا الخاتم او راكب هذه الدابة او حامل لهذا الثوب يقبل لانهما
شهدا على اليد المتصرفة • في يد زيد دار برهن بكر انها له ارثا من ابيه • وبرهن
اخوه زيد انها له ولزيد ان تاعزا بينهما وذو اليد ينكرهما فربعها للاخ وثلاثة ارباع عما
لبكر • لان الاخ لا يدعي الا النصف فسلم النصف لبكر ونازعهما في النصف سواء • وان
صدق ذو اليد بما ادعى اخوه بعد ما برهنا فكذلك لانه يثبت لهما الاستحقاق
ارثا فلا يبطل باقراره • وان كان قبله فالكل لبكر سواء كان الاخ حاضرا او غائبا
لان ذا اليد باقراره انها ميراث انتصب خصما عن جميع الورثة فصار صاحب اليد
فكانت بينة الخارج اولى • دار للثلاثة مات احدهم فبرهن رجل انه اخ الميت وقضي له
ثم ادعى اخر انه ابن الميت وكذبه الاخ وصدقه الشريكان فلا سبيل له على ما في يد الاخ قبل
اقامة البينة لانه مكذب له وبمجرد الدعوى لا يستحق شيئا • فان اراد ان يدخل مع الشريكين
في نصيبهما باقرارهما لم يكن له ذلك • لان القاضي جعل نصيب الميت في يد اخيه بقضائه
فهما سواء • وان اقرا انه ابن الميت فانما اقرا بنصيب الميت وليس في يدهما شيء من نصيب
الميت فلا سبيل له عليهما قبل القسمة • وبعد القسمة بقضاء او بغيره يدخل الابن في نصيبهما
لان القسمة في غير المثليات مبادلة حكما فكان بعض مال الميت في ايديهما عوضا عما كان لهما

كما لو اخذ الاخ بالالف فانه يدخل في نصيبهما قبل القسمة • لانهما اقرا ان الاخ غصب منهما الثلث شايعا اذ الفعل الحسي انما يدل على البعض المعين من الجملة فبقي الباقي مشتركا بخلاف المثلي اي لو كان مثليا كالمكيل والموزون لا يشاركهما لانهما اقرا بمحض مال • وترك ثلاثة اعبد قيمتهم سواء ولا مال غيرهم برهن زيد انه اوصى له بهذا العبد واقر الوارث بغيره لبكر وصية وانكر الاول قضي لزيد لان البينة حجة مطلقة • ولا شيء لبكر لان الاقرار حصل على وجه الوصية وكل الثلث صار مستحقا للغير • الا ان يصل اليه بشراء او هبة او ارث فانه يدفعه الى المقر له لعود محل الوصية • ولو اشترى الوارث العبد المقضي به بالذي اقر به وصية غرم الوارث قيمة المقر به للمقر له • لانه زعم انه وصل اليه لا بالشراء وقد فوت المقر به فغرم قيمته • فلو اعتقه المقر له قبل ان يقضى به للمدعي نفذ لانه ملكه ظاهرا اذ الاقرار يوجب الحق بنفسه فما لم يبطل بقضاء قاض كان الملك في المقر به للمقر له ثابتا فلهذا نفذ عتقه • فلو قضي لصاحب البينة ضمن المعتق للوارث قيمته • لانه وجب رده وقد عجز • ولو اعتقه بعد القضاء لا ينفذ لاستحقاق المحل • ولو ترك عبدا واحدا فاقر الوارث انه اوصى به لهذا وحارب بعد موته واقام رجل البينة ان له على الميت الفا وقيمة العبد الف وبيع فيه او جعل في دينه ووصل العبد الى الوارث بشراء او نحوه يسلمه له ولا يؤمر بالتسليم الى المقر له • لان من زعمه ان الدين باطل فليس للقاضي بيعه بالدين ولكن له ولاية البيع بطريق الحفظ • لان للقاضي ولاية الحفظ اذا لم يكن للتركة حافظ كما في حال غيبة الوارث وهنا لما حكم بالدين قطع يد الموصى له ويد الوارث منقطعة وليس للتركة حافظ فاشبه ذلك غيبة الوارث فان اصاب ذلك الالف بعينه فالموصى له احق به لانتقال حق الموصى له الى الثمن • الا ان المشهود له اخذ بغير حق فاذا وصل الى يده يسلمه اليه • وان اصاب مالا اخر فالموصى له احق به ايضا لان من زعم الوارث ان المشهود له اخذ الفا هو حق الموصى له فصار ذلك دينا عليه • فاذا ما كان غريمه احق بتركته من الوارث • وكذا لو لم يرثه ولكن اوصى له به او بمال اخر لتقدم الدين على الوصية • ام ولد قتلت سيدها عمدا تعتق بلا سعاية وتقتل قصاصا الا اذا بقي ولدها لانه سقط • فلو احد الورثة وهم ثلاثة انه كان لها ابن من الميت مات بعد قتله لم يعد • فان كذبته فلا شيء للمقر له عليها • لانه اقر بسقوط القود وادعى انقلاب نصيبه مالا فلا يسمع عليها • وان صدقته فثلث قيمتها بينها وبين المقر على ستة وعشرين لها ثلثه تحط عنها وتسعى للمقر في الباقي وللمنكرين ثلثا القيمة بكل حال • وهذا لان الحكم في حقهما لا يتغير باقراره فكان لهما الثلثان ثم في حق المقر والام ان القسمة ارباع ربع منه للابن الميت وذا مقسوم بين الام والبنين الثلاثة لها السدس والباقي للاخوة اثلاثا فجعلنا ذلك الربع على ستة لحاجتنا الى السدس منها للام وبقيت خمسة بين ثلاثة لا تستقيم فنضرب ثلثة في ستة فتصير ثمانية عشر • واذا صار نصيب الابن الميت

ثمانية عشر

ثمانية عشر والكل اثنان وسبعون • الا ان المنكرين اخذا زيادة على حقهما • لان حقهما في النصف ستة وثلثين وهما قد اخذا الثلثين ثمانية واربعين فقد اخذا اثنا عشر زايدا بغير حق فهو اثنا عشر فنوى ذلك على المقر والام • ونصيب المقر من الاب ثمانية ومن الاخ خمسة ونصيبها ثلاثة فيكون ستة وعشرين • فيجعل الثلث الباقي على ستة وعشرين ثلثة اسهم لها تسقط عنها وتسعى في ثلثة وعشرين للمقر • ولو كانوا اربعة فمات احدهم بعد قتله فاقر احد الثلاثة انها ام الميت الثاني وهذا ابن الميت الثاني وكذبته لم تسع له • وان صدقته وكذبه الغلام فنصف السدس بين الام والمقر على ثمانية • له خمسة ولها ثلثة على ما مر • وان صدقاه فنصف السدس من قيمتها يقسم بينها وبين الغلام على ستة له خمسة ولها سهم وتسعى للمقر في ربع قيمتها لانه نصيبه باتفاقهما • ادعى دارا ارثا وادعاها وارث ذي اليد ايضا وبرهن كل واحد منهما على انها دار ابيه مات وتركها ميراثا له ومات ذو اليد قبل القضاء وكيف البينتان قضي بينهما • لان سبب الاستحقاق قايم لهما فبقي الوارث خارجا معنى • فلو كيف بينة احدهما وقضي بها بطلت بينة الاخر لان البينتين قامتا معا والقضاء لاحدهما يتضمن رد الاخر • الا ان يعيدها عليه فيقضى له • فلو برهن الاجنبي في حياته والوارث بعد موته فزكيا استويا وقضي بينهما نصفين وبعكسه قضي للاجنبي • لان استحقاقه لا يمنع يده فبقي الاجنبي خارجا • فلو اقام كل واحد شاهدين بعد موته قضي للاجنبي لانهما اعرضا عن شهادة الحيوة • ولو اقام كل واحد شاهدا في حياته وشاهدا بعد موته استويا •

باب دعوى النسب

الاصل ان دعوى الاستيلاد اولى من دعوى التحرير لانها اسبق • ودعوة الاستيلاد ان يكون العلوق في ملك المدعي • ودعوة التحرير ان لا يكون العلوق في ملك المدعي • باع امة فولدت لاقل من ستة اشهر مذ بيعت فادعاه البايع فهو ابن البايع وامه ام ولده ويفسخ البيع ويرد الثمن • والقياس ان لا يثبت النسب من البايع اذا لم يصدقه المشتري • وبه اخذ زفر والشافعي رحمهما الله • لان البايع متناقض في كلامه ساع في نقض ما تم به وهو البيع اذ الاقدام على البيع اعتراف منه بجوازه والتناقض يبطل الدعوى • ولا نسب بدون الدعوى فصار كما لو ادعى اب البايع الولد وكذبه المشتري فانه لم يثبت النسب • ولنا انه امكن اثبات النسب منه فيثبت • وهذا لانا تيقنا بحصول العلوق في ملكه لما ولدت لاقل من ستة اشهر وذا نزل منزلة البينة العادلة في اثبات النسب منه فيثبت اذ الظاهر عدم الزنا منها وامر النسب على الخفا فقد يظن المرء ان العلوق ليس منه ثم يظهر له انه منه فكان عذرا في اسقاط اعتبار التناقض كعبد كاتبه سيده ثم برهن ان مولاه كان حرره قبل الكتابة فانه يقبل وبطلت الكتابة ولم يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق • وامر العلوق اخفى فالعذر فيه اقوى • واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فظهر انه باع ام ولده فينفسخ البيع لامتناع جواز بيع ام الولد ويرد الثمن • لان سلامة الثمن مبنية على سلامة المبيع • بخلاف اب البايع لانه لم يتحقق

العلوق

على ملكه فكان له حق التملك على ولده وقدرة الرد وذلك بالبيع • وإن ادعاه المشتري مع دعوة البايع
أو بعده فدعوة البايع أولى لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق • وهذا لأن دعوة البايع
دعوة استيلاد لأن أصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير إذ أصل العلوق
لم يكن في ملكه ودعوة الاستيلاد أقوى لاستنادها إلى وقت العلوق • واقتصار دعوة
التحرير على الحال فدعوة البايع سابقة معنى فكانت أولى • وكذا إذا ماتت الأم فادعاه
البايع وقد ولدت لأقل من ستة أشهر يثبت نسب الولد ويأخذه البايع لأن الولد هو
الأصل في النسب لأنها تستفيد الحرية منه • ألا ترى إلى قوله عليه السلام أعتقها ولدها
والثابت لها حق الحرية وله حقيقة الحرية والحقيقة أقوى من الحق فيستتبع الأدنى ولا يضره
فوات التبع ويرد الثمن كله عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ظهر أنه باع أم ولده وهي غير
متقومة عنده في البيع والغصب فهلكت عند المشتري غير مضمونة وانتقض البيع فيرد كل
الثمن • وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم لأنها متقومة عندهما فيضمنها •
وإن مات الولد فادعاه البايع وقد ولدت لأقل من ستة أشهر لم يثبت نسبه لاستغنائه
بالموت من النسب ولم تصر أم ولد له • لأن الاستيلاد فرع النسب فلو ثبت لكان أصلا
وهذا لا يجوز • بخلاف بيعه • فإنه إذا باع عبدا ولد عنده ثم باعه المشتري من آخر
ثم ادعاه البايع الأول أنه ابنه فهو ابنه ويبطل البيعان • وقال زفر رحمه الله لا تصح دعوته
لأنه مناقض • ولنا أن اتصال العلوق بملكه كالبينة والبيع يحتمل النقض وماله من حق
الدعوة فينتقض البيع لأجله • وكذا لو كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها
أو زوجها ثم كانت الدعوة لأنها تحتمل النقض فتنتقض كله • وتصح الدعوة بخلاف
الإعتاق على ما سيأتي • وبخلاف ما لو ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البايع حيث
لا يثبت النسب من البايع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض كإعتاقه
والعتق مثل الموت • حتى لو حبلت أمة في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري
لأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعى البايع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه
ويحكم بحريته ولا يصح في حق الأم حتى لا تصير أم ولد له • ولو كان المشتري أعتق الولد
لا تصح دعوته لا في حق الولد ولا في حق الأم • والفرق أن المقصود بالدعوة الولد •
لأنه المقصود في إثبات النسب والأم تبع ولهذا ينسب الولد إليه بلا واسطة والأم
تنسب إليه بواسطة الولد • فإذا أعتق المشتري الولد فقد حل بالولد ما يمنع الدعوة
وهو الإعتاق • ولأن إعتاق المشتري صح ظاهرا • ولو صحت دعوته في حق الولد يبطل
إعتاقه والعتق بعد وقوعه وصحته لا يحتمل البطلان فلم تصح الدعوة في حق الولد كيلا
يبطل عتق المشتري فلا يصح في حق الأم أيضا لأنها تبع له • نعم للبايع هنا حق استحقاق
النسب وأنه لا يحتمل النقض أيضا • ولكن الثابت للمشتري حقيقة الإعتاق فسقط
الحق لضعفه بمقابلة الحقيقة لقوتها • وإذا أعتق المشتري الأم فقد حل بالأم ما يمنع صحة

الدعوة

الدعوة فتصح دعوة الولد وإن لم تصح في حق الأم • لأن امتناع الحكم في التبع لا يوجب امتناعه
في الأصل • وليس من ضرورة ثبوت نسب الولد وحريته صيرورة الأم أم ولد كولد المغرور
فإنه حر الأصل ثابت النسب من المستولد وأمه ليست بأم ولد له بل هي أمة لمولاها • وكما
في المستولدة بالنكاح فإنه لو استولد أمة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الأم أم ولده
والتدبير مثل الإعتاق • لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية كامتناع
التمليك من الغير • وفيما إذا أعتق الأم يرد عليه حصته من الثمن عندهما • وعنده يرد كل
الثمن في الصحيح كما في فصل الموت كذا ذكر في الهداية • وذكر في المبسوط يرد حصته
من الثمن لأن حصتها بالاتفاق • وفرق بين الموت والعتق ووجهه أن القاضي كذب
البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب
في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فتسترد حصتها أيضا • ولو ولدت لأكثر من سنتين
من وقت البيع ردت دعوة البايع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه وهو الأصل في
الباب • إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب منه ويحمل على أن البايع استولدها بحكم
النكاح حملا لأمره على الصلاح ويبقى الولد عبدا للمشتري ولا تصير الأمة أم ولد للبايع
كما لو ادعاه أجنبي آخر • لأن بتصادقهما أن الولد من البايع لا يثبت كون العلوق
في ملكه لأن البايع لا يدعي ذلك • وكيف يدعي والولد لا يبقى في البطن أكثر من
سنتين فكان حادثا بعده والملك للبايع • وإذا لم يثبت العلوق في ملك البايع لا يثبت
حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للأمة ولا يظهر بطلان البيع • ودعوة البايع هنا
دعوة تحرير وغير المالك ليس بأهل لها • ولو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت
البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع إلا بتصديق المشتري • لأنه احتمل أن
العلوق لم يكن في ملكه فلم يوجد الشاهد فلا بد من تصديقه • فإن صدقه يثبت
النسب ويبطل البيع ويكون الولد حرا والأم أم ولد له لأنهما تصادقا • واحتمل أن يكون
العلوق في الملك ولو تنازعا فالبينة للمشتري • أي إذا باع أمة فولدت عند المشتري فقال
البايع بعتها منك منذ شهر والولد مني • وقال المشتري بعتنيها لأكثر من ستة
أشهر والولد ليس منك فالقول للمشتري بالاتفاق • لأن البايع يدعي انتقاض البيع والمشتري
ينكر • فإن أقاما البينة فالبينة للمشتري أيضا عند أبي يوسف رحمه الله • لأنه أثبت
زيادة مدة في الشراء وعند محمد رحمه الله البينة للبايع لأنه يثبت نسب الولد واستيلاد
الأمة وانتقاض البيع فكان أكثر إثباتا • باع أحد التوأمين وادعى الآخر ثبت نسبهما
ولو أعتقه مشتريه بطل عتقه • الأصل أن التوأمين ولدان بين ولادتيهما أقل من
ستة أشهر فيكونان من ماء واحد إذ لا يتصور علوق الثاني حادثا • إذ لا حبل لأقل
من ستة أشهر والعلوق على العلوق متعذر لأنها إذا حبلت ينسد فم رحمها وإذا كان
الأمر كذلك فإذا ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما لا ينفصلان

نسبا فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر فاذا كان في يده غلامان
توءمان ولدا عنده وكان علوقهما عنده ايضا فباع احدهما فاعتقه المشتري ثم ادعى البايع
الغلام الذي عنده انه ابنه فهما ابناه وبطل عتق المشتري لان دعوة البايع صحت في الولد الذي
عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه فيثبت نسبه واذا ثبت نسبه ثبت نسب الآخر
لانهما خلقا من ماء واحد وبطل عتق المشتري في المشترى ضرورة لان الذي عنده ظهر
انه حر الاصل فاقتضى ان يكون الآخر حر الاصل فانه يستحيل ان يكون احدهما
حر الاصل والآخر رقيقا وقد خلقا من ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي
الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل ثم مقصود
الحق دعوة البايع وانه لا يجوز لان ذا حق العتق وهذا حقيقته وهنا تثبت الحرية في الذي
عنده ثم تتعدى الى الآخر ضمنا وتبعا فيستغني عن قيام الولاية هذا اذا كان اصل العلوق
في ملكه وان لم يكن اصل العلوق في ملك البايع والمسألة بحالها ثبت نسب
الولدين من البايع ايضا لان التوءمين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذي عنده
لمصادفة الدعوى ملكه فثبت نسب الآخر ضرورة ويعتق الذي عند البايع على البايع
ولا يبطل عتق المشتري في الذي عنده ولا ينقض بيعه لان هذه دعوة تحرير لا دعوة
استيلاد الى اتصال العلوق بملك من يدعيه واذا كانت دعوة تحرير يقتصر على محل
ولايته وصار كان البايع اعتقهما فيعتق من في ملكه فحسب ولم يثبت من ضرورة
حرية احد التوءمين بعتق عارض حرية الآخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري
عليه ولو ولدت توءمين فباع احد التوءمين ثم ادعى اب البايع الولدين وكذا لو
صارت ام ولده بالقيمة وثبت نسبهما وعتق الذي في يد البايع ولا يعتق المبيع
لما فيه من ابطال ملكه الظاهر بخلاف النسب لانه لا يتضرر به فرق بينه وبين
البايع اذا كان هو المدعي كما مر ووجه الفرق ان سبب دعوة البايع ثابت
في حق المشتري وهو العلوق في ملكه فاذا علق احدهما حرا بدليل هو حجة على المشتري
تعدى الى الذي اعتقه المشتري فبطل اعتاقه بعتق فوقه وهناك حجة الاب حق التملك
وهو ثابت في حق البايع دون المشتري فجعل في حق المشتري كتحرير مبتدا لعدم
الحجة في حقه واحد التوءمين ينفرد عن الآخر في التحرير المبتدا وكذا لو باع الام
مع احدهما ثم ادعى الاب صحت دعوته عند ابي يوسف رحمه الله وثبت نسبهما والولد
القائم حر بالقيمة والولد المبيع مع امه يبقيا على ملك المشتري وعند محمد رحمه الله تعالى
لا يصح لتعذر تملكها ولابي يوسف رحمه الله ان الولد اصل بدليل صحة الدعوى بعد
موتها صبي في يد رجل قال هو ابن عبدي فلان الغايب ثم قال هو ابني
لا يكون ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا اذا جحد العبد ان يكون ابنه فهو ابن للمولى واذا صدقه او لم يدر تصديقه وتكذيبه

120

لم تصح دعوة المقر عندهم وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم
ادعاه لنفسه وتفسير المسألة ان يكون رجل في يده صبي ولد في ملكه فهو يبيعه
ولا يامن المشتري ان يدعيه البايع يوما فيطلب حيلة يقع له الامن من انتقاض البيع بالدعوة غوة
فالحيلة في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله ان يطلب من البايع حتى يقر البايع انه ابن عبده
الغايب فان بعد هذا الاقرار لا يصح دعوى البايع صدق العبد او لم يدر انه صدقه
او كذبه والحيلة على قول الكل ان يقر البايع ان هذا ابن فلان الميت حتى لا يتأتى
منه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل لهما ان الاقرار بطل بالجحود فصار كان
لم يكن الاقرار وهذا لان الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بما يحتمل النقض والنسب وان
كان لا يحتمله الاقرار بالنسب يرتد بالرد الا ترى ان الاكراه لا يبطل ما لا يحتمل
النقض وكذا الهزل ويبطل الاقرار لاحتمال الاقرار بذلك فصار كمن اشترى عبدا
ثم اقر ان البايع كان اعتقه وكذبه البايع ثم يقول المشتري انا اعتقته فان الرد
لا يتحول اليه كانه لم يعتق اصلا بخلاف ما لو صدقه العبد فانه لا يصح دعوة البايع
بخلاف ما اذا لم يدر تصديقه ولا تكذيبه لانه ثبت للعبد حق التصديق فلا تصح دعوة
المولى بعد ذلك كولد الملاعنة لا يصح دعوة غيره نسبه لقيام حق الدعوة في حق الملاعن
على اعتبار ان يكذب نفسه وله ان هذا اقرار بما لا يحتمل النقض وهو النسب وذا لا يبطل
برد المقر له الا ترى ان المشتري اذا اقر ان البايع كان اعتق ما باعه وكذبه البايع فانه
لا يبطل ذلك ولكنه يعتق على المقر واذا لم يبطل امتنع بذلك دعوة المقر كمن شهد على رجل
بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد انه ابنه فانه لا يصح وهذا لانه
تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وكذا تعلق به
حق الولد فصار الحكم فيه كالذي لم يصدقه ولم يكذبه ومسألة الولاء قيل على هذا الخلاف
ذكره في كتاب الولاء وبعد التسليم فالسبب الزم بالنسبة الى الولاء لان الولاء اذا ثبت
حقيقة يحتمل الانتقاض بدليل ان المعتقة اذا ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت
واعتقت فولاؤها لمن اعتقها ثانيا وبطل ولاء الاول والنسب اذا ثبت حقيقة لا يحتمل
الانتقاض ولا الانتقاض ولان الولاء يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من قوم الام الى قوم
الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى منه وهو دعوة المشتري فيبطل به
بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال ثبوته
من الملاعن ولو كان صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم
هو عبدي فهو حر ابن النصراني اذا ادعيا معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى
والفرق انهما في دعوى النسب استويا فيرجح المسلم بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم
قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعوتين اعني دعوى الرق ودعوى
النسب لانه يجوز ان يكون عبدا للواحد وابنا للآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام الا ترى

ان الترجيح بالاسلام واجب في النسب نظرا للصغير ونظر الصبي فيما في هذا اوفر لانه ينال
شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا لانه يملك اكتساب الاسلام بنفسه لوضوح
دلايل الالوهية وسطوع براهين الربوبية ففي كل شيء له آية تدل على انه واحد
وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا للسيد وحرمانا عن شرف الحرية لانه لا يمكنه اكتساب
الحرية بنفسه. امراة ادعت صبيا انه ابنها الا ان تاتي بامراة تشهد بالولادة. وقالوا
المراد به امراة لها زوج وانما لم يصح لما فيه من الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة
والحجة شهادة القابلة. وهذا لان سبب لزوم النسب قايم وهو النكاح. ولكن الحاجة الى اثبات
الولادة والنكاح لا توجب الولادة لا محالة. وفي اثبات الولادة وتعيين الولد الزام عليه
وشهادة القابلة تكفي لذلك. لانه عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة. ولو كانت تدعي
النسب في ذلك على الرجل من غير نكاح قايم بان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند
ابي حنيفة رحمه الله وهي شهادة رجلين او رجل وامراتين. ولو كانت لا تدعي الزاما
على احد بان لم تكن منكوحة ولا معتدة ثبت النسب منها بقولها بلا حجة لان فيه الزاما على
نفسها دون غيرها. فان كان لها زوج يصدقها فهو ابنهما بلا شهادة امراة. لان الذي
يلزمه النسب قد اعترف به فاغنى ذلك عن الحجة. ومن المشايخ من اجرى المسئلة على اطلاقها
ويرد زوجها وان لم تكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رحمه الله. صبي في يد زوجين
زعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت المراة انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان كل واحد
منهما اقر بنسب الولد منه وادعى ما يخرجه من يد صاحبه وكذبه صاحبه في اخراجه
من يده ويدهما ثابتة في الولد على السواء فصح اقرارهما للولد بثبات النسب. اذ الظاهر
انه منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما. ولم يصح دعوى كل واحد منهما الاخراج
من يد صاحبه. كثوب في يد رجلين كل واحد منهما يقول مني وبين اخر لم يصدق
واحد منهما في ابطال حق صاحبه ويكون الثوب بينهما. الا انه يدخل المقر له في نصيب
المقر اي بنصيب ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان لان المحل يقبل الاشتراك وهنا
لا يدخل لان النسب لا يحتمل الشركة. ومن اشترى امة فوطيها فولدت منه ولدا فاستحقها
رجل غرم الاب للمولى قيمة الولد يوم يخاصم ان جاء المستحق والولد حي. والاصل فيه ان ولد
المغرور حر بالقيمة والمغرور بان يشتري رجل امة او يتملكها بسبب من اسباب الملك
كالهبة والوصية والصدقة فيستولدها ثم يظهر بالبينة انها ملك الغير. او يتزوج امراة
على انها حرة ثم تظهر بالبينة انها امة. فالولد في هذه المسايل حر بالقيمة روي ذلك عن
عمر رضي الله عنه في النكاح. وعن علي رضي الله عنه في الشرا بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
اجمعين. فحل محل الاجماع. ولان النظر من الجانبين اذ المغرور بنى امره على سبب صحيح
في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستوجب
النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان. وذا بان يجيء حق المستحق في معنى

ويجيء حق المغرور في صورته فيجعل حر الاصل في حقه عبدا في حق المستحق. ولهذا قال
محمد رحمه الله اذا تزوج العبد امراة غره رجل انها حرة فولدت ثم ظهر انها امة فالولد
حر فالولد حر بالقيمة. لان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على ان ولد المغرور حر بالقيمة
بلا فصل بين اب واب. وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله انه متولد من
رقيقين فكيف يكون حرا والمنقول عنهم في الاب الحر. وانما اوجبنا القيمة يوم الخصومة
لان الولد من زوايد الغصب وزوايد الغصب انما تضمن بالمنع لولد المغصوبة. والمنع
انما يتحقق بعد الطلب فتعتبر القيمة يوم الطلب ويوم الخصومة. وان كان المشتري
باع الامة من رجل اخر واستولدها المشتري الثاني ثم استحقها رجل وجعل القاضي الولد
حرا بالقيمة رجع المشتري الثاني على البايع الثاني بالثمن وبقيمة الولد. ويرجع المشتري
الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابي حنيفة رحمه الله. لان البايع
الاول ضمن للمشتري الاول سلامة الاولاد دون سلامة اولاد المشتري منه لان ضمان
السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثاني يضاف الى الثاني لا الى الاول. وعندهما يرجع
بقيمة الولد ايضا. لان المشتري الثاني انما يرجع على البايع بقيمة الاول الولد لانه ضمن له
سلامة الولد في ضمن البيع ولم يسلم له. وهذا المعنى يقتضي رجوع المشتري الاول على
البايع الاول. لان البايع الاول ضمن له سلامة الولد ولم يسلم له لما اخذ منه قيمة الولد
وان مات الولد لم يضمن الاب لان الولد حدث في يده بلا صنعه. وفي هذا انما يجب
الضمان بالمنع والمنع يكون بعد الطلب. فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه
فلا يضمن كما لو هلك ولد المغصوب عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته. وكذا
لو ترك مالا. لان الارث ليس بعوض عن الولد فلم يصر الولد سالما له بسلامة الارث
فلا يغرم شيئا والمال لابنه. لان الولد حر الاصل في حقه فما ترك يكون ميراثا لابيه
فان قيل الولد وان كان حر الاصل في حق المشتري فهو رقيق في حق المستحق فلم كان
اعتبار جانب المستولد احق. قلنا الولد لو كان حيا فالمستحق بمعزل عن ماله. وكان
كله للولد. فاذا كان الولد احق به في حياته فليكن الوالد احق به بعد وفاته. لانه
خلفه. فان قيل وجب ان يكون الارث مشتركا بينهما نظرا للجانبين لانه حر في
حق الاب رقيق في حق المستحق. قلنا هو حر الاصل في حق المستحق ايضا. وانما قدرنا الرق
في حقه لضرورة القضا بالقيمة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. ولو قتله الاب
غرم قيمته لتحقق المنع. وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لانه سلم له الولد اذ الدية بدل
المحل شرعا فصار الولد سالما له بسلامتها فيغرم قيمته للمستحق ويضمن المستولد عقر
الامة لانه وطي امة الغير وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر ولا يرجع المستولد
بالعقر على البايع. وقال الشافعي رحمه الله يرجع بالعقر كما يرجع بقيمة الولد
وثمن الامة. ولنا انه انما ضمنه بمقابلة الملاد التي استوفاها بالوطي فلا يستوجب

الرجوع على غيره بخلاف ما ذكر لان البائع ضمن سلامة المبيع والاولاد للمشتري فيرجع
اذا لم يسلم له شي **فصل** امة بين اثنين ولدت ولدين في بطنين فقال
احدهما الاصغر ابني والاكبر ابن شريكي ثبت نسب الاصغر من مدعي الاصغر
والامة ام ولده صدق شريكه او لا وعليه نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن شيئا
من قيمة الولد والاكبر ابن شريكه ان صدق لتصادقهما على ذلك والا لا وان بدأ
بشريكه فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني ان صدقه شريكه فالاكبر منه وهي
ام ولده ويثبت نسب الاصغر من مدعي الاصغر والقياس ان لا يصح لانه ادعى ولد ام ولد
الغير ولكنا استحسنا وقلنا بانه يصح لانه حين ادعى نسب الاصغر لم يكن امومية
الولد ظاهرا فصار في معنى المفرد فان ولدت في ملكهما لستة اشهر منذ اشترياها
فادعى الولد احدهما والاخر امه صحت دعوة مدعي الولد لانها دعوة استيلاد وبطلت
دعوى الاخر لانها دعوة تحرير والاولى اولى لانها اسبق لما مر وصارت ام ولده لان نصيب
المستولد لما صار ام ولده صار نصيب الاخر ام ولد له ايضا وضمن نصف عقرها ونصف
قيمتها وان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اشتريا والمسألة بحالها صحت دعوتهما لان
كليهما دعوة تحرير والابن حر بغير قيمة لان شريكه يزعم انه ولده وهو حر فكيف
يضمن له شيئا من قيمته ولا عقر عليه لان الوطى قبل ملك شريكه لانها لما ولدت لاقل
من ستة اشهر كان العلوق حاصلا لا في ملك شريكه واما الام فهي بنت مدعيها
وهي حرة لان هذه دعوة تحرير ولا عقر عليه لانه يدعي وطى امها لا وطيها ولا يغرم
شيئا من قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان مدعي الولد يزعم انها ام ولده
ومالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما ولو ولدت لستة اشهر بنتا ثم ولدت البنت
بنتا فادعى احدهما الكبرى والاخر الصغرى معا وثبت نسب كل واحد فان قلت الجدة
خطاء واحدا قيمتها فكذلك لكن لا يضمن مدعي الكبرى شيئا من قيمة الكبرى
لانها ام ولد وقيمة الجدة لانهما احد اهما مرة وان ولدت الجارية الكبرى لاقل من ستة
اشهر فدعوة مدعي الصغرى اولى لانها دعوة استيلاد والكبرى ام ولده والجدة ام ولد
للاخر لاقراره بالاستيلاد في ملكه عبد في يد رجل اقام رجل البينة انه عبده ولد
في ملكه من امته هذه من عبده هذا واقام اخر البينة انه عبده ولد في ملكه
من امته هذه من عبده هذا اقضي بالعبد لهما اجماعا والنسب يثبت من العبدين والامتين
عند ابي حنيفة وعندهما يثبت من العبدين ولا يثبت من الامتين وكذا اقالا في الحرين
والحرتين لهما ان ولادة ولد واحد من امراتين مستحيل وله ان الحاجة الى اثبات
احكام النسب منهما ولا استحالة في ذلك امة بينهما كاتباها فوطيها احدهما فولدت
فادعاه احدهما فهي مكاتبة لهما كما كانت قبل هذه الدعوى وصار نصيبه ام ولده ويضمن
لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وان شاءت مضت على الكتابة واخذت عقرها

منه

منه واذا ادت عتقت والولاء لهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا صارت كلها ام ولده ومكاتبة
له بكل البدل ويقوم لشريكه نصف قيمتها والاصل ان الاستيلاد لا يتجزا عندهما
فيجب تكميلها ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ وعنده يتجزى فاقتصر
امومية الولد على نصيبه لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك اذا ادعى اللقيط رجلان
فبرهن احدهما انه ابنه والاخر انه ابنته وهو خنثى فان كان يبول من مبال الغلام فهو لمدعي
الابن وان كان يبول من مبال الجارية فهو لمدعي البنت وان بال منهما ولم يسبق احدهما
فهو منهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقضى بالاكثر بولا وسنشرح في كتاب الخنثى
ان شاء الله تعالى نعي الى امراة زوجها فاعتدت ونكحت وولدت فجا الزوج الاول
حيا فالولد للاول كيف ما كان عند ابي حنيفة رحمه الله لان الولد للفراش والفراش
للزوج الاول لان نكاحه قائم صحيح ونكاح الثاني فاسد والرجحان للصحيح وقال
ابو يوسف رحمه الله ان كان من وقت النكاح الى وقت الولادة اقل من ستة اشهر
فالولد للاول وان كان اكثر من ستة اشهر فهو من الثاني وقال محمد رحمه الله ان كان
من وقت ابتداء وطي الزوج الثاني الى وقت الولادة اقل من سنتين فالولد من الاول
لاحتمال انه من وطي الاول وان كان اكثر من السنتين فهو للثاني لتيقننا انه ليس من
الاول فجعلناه من الثاني والله اعلم

كتاب الاقرار

الكلام فيه وفي تفسيره وفي بيان كونه حجة وكيف يكون حجة وعن يجوز اقراره ومن لا يجوز وما
يقر به وما يكون اقرارا وما لا يكون ومن يقر له والاستثناء ونحوه فالاقرار اخبار عن ثبوت
حق الغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به لا ثبوته ابتداء الا ترى انه لا يصح
الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه فلهذا قالوا لو اقر
لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه
وبين الله تعالى الا ان سلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدا منه على سبيل الهبة
والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول لكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه ثم رده لا
يرتد وانه يلزم على المقر ما اقر به لوقوعه دليلا على صدق المخبر به قال الله تعالى كونوا
قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على نفسه هو الاقرار وقال تعالى
بل الانسان على نفسه بصيرة اي شاهدة بالحق وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ماعزا باقراره على نفسه بالزنا والغامدية باقرارها وقال في حديث العسيف واغد يا
انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها فلما جعل الاقرار في الحدود التي تندرئ بالشبهات
حجة فلان يكون حجة في غيرها اولى وعليه اجماع الامة ولانه ان كان مترددا بين الصدق
والكذب في الاصل ولكنه ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق
والصارف عن الكذب لان عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه
الامارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه

مصح

تم الجزء الثاني من تجزية ثلثه ويتلوه الجزء الثالث

وطبعه دواع إلى الصدق وزاجر عن الكذب فكان صدقا ظاهرا والصدق يجب قبوله
والعمل به وانه حجة قاصرة بخلاف البينة لانها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فيتعدى
الى الكل اما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر
مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهات اولاده ومدبريه
ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء ولا يصدق عليهم اذا اقر
الحر العاقل البالغ بحق صح اقراره مجهولا كان ما اقر به كشيء وحق ومال او معلوما وانما شرط
الحرية ليصح اقراره مطلقا اذ العبد المحجور لا يصح اقراره بالمال وان كان يصح بالحدود والقصاص
لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليها مالية
الرقبة وهي ملك المولى فلا يصح اقراره عليه بخلاف الحدود والقصاص لانه مبقى على اصل الحرية
فيهما لانهما من خواص الآدمية وهو فيهما مبقى على الحرية ولهذا لا يصح اقرار المولى بالحد فيه
والقصاص وبخلاف العبد المأذون فانه اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب
يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى لما اذن له فقد رضي بتعلق الدين برقبته
فكان مسلطا عليه من جهته والعقل والبلوغ لان الصبي والمجنون لا يتعلق باقرارهما حكم
وهذا لان وقوعه حجة ملزمة لظهور الصدق فيه وظهوره بصدوره عن العقل لانه خلق
مايلا الى المحاسن زاجرا عن القبائح والصدق والكذب حسن وقبيح فاذا لم يكن المقر عاقلا
فقد فات دليل صدقه فلا يكون حجة والصبي لقصور عقله ملحق بالمجنون فلهذا
لا يصح اقراره بدين او غصب او وديعة او عارية او خراجية او حد او طلاق او عتاق
او كتابة الا اذا كان الصبي ماذونا في التجارة فان اقراره جائز بدين لرجل او وديعة
او عارية او مضاربة او غصب لانه التحق بالابن البالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح
اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال
والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال والكفالة تبرع من وجه فلم تكن تجارة مطلقة والنايم
والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار
واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات
تنفذ من السكران كما تنفذ من الصاحي وكما يصح الاقرار بالمعلوم يصح بالمجهول
لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها
لان الواجب في الجراحات ان ساوى حولا فلا يعلم في الحال موجبه او يبقى عليه باقية حساب
لا يحيط به علمه لان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وقد اخبر بعين الصفة فيثبت بخلاف
الجهالة في المقر له اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس لان المجهول
لا يصلح مستحقا وان لم يكن بان اقر انه غصب هذا العبد من هذا او من هذا فانه لا يصح
هذا الاقرار عند شمس الائمة السرخسي رحمه الله لانه اقر للمجهول فانه لا يفيد لان فائدته
وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما حق الاخذ

ويقال له

ويقال له بين المجهول لان الاجمال وقع من جهته وبيان المجمل على المجمل فصار كما لو
اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان ايصالا للحق الى المستحق فان قال
علي شيء او حق لزمه ان يبين ماله قيمة لانه وصفه بالوجوب في ذمته لان على للايجاب
والالزام وما لا قيمة له لا يتصف بالوجوب في الذمة وذكر في المحيط والمستزاد ولو
قال الرجل لفلان علي حق ثم قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال
موصولا يصدق لانه بيان تغيير باعتبار العرف لانه لا يراد في العرف حق الاسلام
وانما يراد به حقوق ما وكذا لو قال غصبت منه شيئا يصح اقراره والحاصل كل تصرف
لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح
وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق الغصب فان من غصب
من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يصح الغصب والوديعة
ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف
فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا
او اجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا بشيء لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء
وهذا لان الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع شيئا مجهولا لا يجب تسليم
شيء بحكم هذا البيع لكونه فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب منه شيئا
مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة
يجبر المقر على البيان حقا للمقر له فاذا بين شيئا ان بين ما هو مال متقوم فصدقه المقر له فيما
بين ولم يدع عليه زيادة كان على المقر تسليم ما بين فقط وان صدقه فيما بين وادعى
عليه الزيادة لزمه تسليم ما بين لوجود الاقرار والتصديق فيه والقول في الزيادة قول
المقر مع حلفه لانه ينكر الزيادة وان كذبه فيما بين وادعى شيئا اخر بطل اقراره بالتكذيب
وكان القول للمقر فيما ادعى عليه وان بين ما ليس بمال ان صدقه المقر له فيما بين لم يكن
عليه شيء اخر سواء ما بين يقصد بالغصب بان قال غصبت منه امراته او ولدا صغيرا او ما لا
يقصد بالغصب بان قال غصبت منه كفا من تراب او حبة سمسم او بر وان ادعى
عليه غصب مال متقوم لا يصدق المقر سواء بين ما لا يقصد بالغصب او ما يقصد
بالغصب لان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف فصار كانه
قال غصبت مالا ثم بين انه غصب ما ليس بمال فلا يكون مصدقا لانه رجوع عما
اقر به ولو قال لفلان علي مال فالقول قوله في القدر ويقبل قوله في القليل والكثير
لان الكل مال لانه اسم لما يتمول به وذا موجود في الكل الا انه لا يصدق في اقل من درهم
لانه لا يعد مالا عادة ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لان النصاب
عظيم حتى صار صاحبه به غنيا وهذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعنه انه
يصدق في عشرة دراهم لانها مال عظيم حتى يقطع بها اليد ويستباح بها البضع وهذا

اذا قال من الدراهم فان قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس
وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وكان ينبغي ان يعتبر فيه بخمس
لانه يجب فيه شاة وكان غنيا قلنا هو مال عظيم من وجه حتى يجب فيه الزكوة وليس
بعظيم من وجه حتى لا يجب عليه من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا
اذ المطلق ينصرف الى الكامل وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام
فالتقدير بثلثة نصب من فن سماه تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان
ستمائة درهم ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة
رحمه الله لانه اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع وقد مر في الايمان وعندهما لم يصدق
في اقل من مائتين لان صاحب الاقل من المائتين مقل حتى لا يلزمه مواساة غيره وصاحب
النصاب مكثر بدليل وجوب مواساة غيره ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه
ادنى الجمع المتفق عليه لما عرف في اصول الفقه ولا غاية لاقصاه فانصرف الى الادنى لتيقنه
الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وفيه تغليظ على نفسه فينصرف الى الوزن
المعتاد لان مطلق الكلام ينصرف الى المعتاد كما مر في البيوع فان ادعى وزنا اقل من
ذلك لم يصدق لانه رجوع ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد
عشر لان كذا كناية عن عدد مجهول فقد اقر بعددين مجهولين وليس بينهما
حرف العطف من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل
من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر
احد وعشرون ووجوب الاقل في الفصلين لتيقننا به والاصل في الذمم البراءة ولو قال
كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم كذا ذكر في الهداية وذكر في التتمة
وفتاوي القاضي فخر الدين رحمهما الله لو قال كذا دينارا عليه ديناران لان كذا
كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو قال كذا كذا كذا فهو احد عشر
حملا للواحد منها على التكرار اذ لا نظير له سواه وان قال كذا وكذا وكذا درهما
فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلثة اعداد مع العاطف فلو ربع
يزاد عليها الالف لان ذا نظيره وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي للايجاب
والالزام وقبل ينبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن وسمي الكفيل ضمينا
لانه ضامن للمال وسمي الصك الذي هو حجة الدين قبالة ولو قال المقر هي وديعة ووصل
صدق لان المضمون عليه الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل واراد ما يحله فاحتمله اللفظ
مجازا فيصح موصولا لا مفصولا وذكر في نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة
لان اللفظ يتناولهما يقال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة فلو قال
لا حق لي قبل فلان يكون ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما فانصرف اللفظ
اليها والاول مذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر

فكان

فكان الحمل عليه احرى واجدر ولو قال عندي او معي او في بيتي او في
صندوقي او في كيسي فهو اقرار بالامانة في يده لان الكل اقرار بكون الشيء في يده
وذا يكون امانة ويكون مضمونا والامانة اقلهما ولو قال له رجل لي عليك الف
فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قد قضيتكه فهو اقرار لان الكناية تنصرف الى الالف
المذكور وهو الموصوف بالوجوب وكانه قال انتقد او اتزن او اجل او قضيت الالف
الواجب لك او لم يذكر الكناية بان قال اتزن ونحوه لا يكون اقرارا لانه لا دليل
على انصرافه الى المذكور ولان التاجيل انما يكون في حق واجب لانه للترفه والقضاء
يعتمد سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه ودعوى الابراء
كالقضاء لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في مال واجب عليه وكذا دعوى الهبة
والصدقة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا دعوى التمليك منه وذا
لا يكون الا بعد وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين الثابت وكذا الحوالة
احلتك به على فلان لان تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدونه ولو قيل له
هل عليك لفلان كذا فاومى برأسه بنعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس
قائمة مقام الكلام لا من غيره ومن اقر بدين موجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه
في التاجيل لزمه الدين حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى لنفسه حقا فيه فيصدق في الاقرار
بلا حجة دون الدعوى كما لو اقر بعبد في يده انه لفلان استاجره منه فصدقه
المقر له في الملك دون الاجارة بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود فصدقه بالاقرار
في الدراهم دون وصف السواد فانه لا يلزمه البيض لان السود نوع في الدراهم
لانها لا تنطبع بلا غش لكن السواد اكثر غشا والاجل في الدين عارض حتى لا يثبت
بلا شرط فالقول لمنكر العارض ويستحلف المقر له على الاجل لان المقر يدعي عليه التاجيل
واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم فكلها دراهم وان قال علي مائة
وثوب لزمه ثوب والمرجع في تفسير المائة اليه والقياس في مائة ودرهم كذلك
وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عطف مفسرا على مبهم في الفصلين والعطف لم يوضع
للبيان فبقيت المائة مبهمة فيهما ولنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس
استثقلوا تكرار الدرهم واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند
كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذا في المقدرات كالمكيلات والموزونات لانها
تثبت دينا في الذمة مسلما او قرضا او ثمنا في جميع المعاملات بخلاف الثياب وما لا يكال
ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها في الذمة لان الثياب لا تثبت الا في السلم والنكاح
وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة ولو قال مائة وثوبان فهو كقوله مائة وثوب
بخلاف قوله مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل ثيابا لانه ذكر عددين مبهمين
اعني مائة وثلثة واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لانهما استويا في الحاجة الى التفسير

ولا يقال الاثواب لا تصلح تمييزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلاثة صارت كعدد واحد
ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة
ووجهه انه اقر بغصب التمر بوصف كونه مظروفا وغصب الشيء بوصف كونه مظروفا
لا يكون بدون غصب الظرف وكذا الطعام في السفينة والبر في الجوالق وهذا
بخلاف ما لو غصب من قوصرة لان من لابتداء الغاية فيكون اقرارا بان مبدأ الغصب
من القوصرة ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة فقط وعلى قياس قول محمد
رحمه الله يلزمانه لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عندهما خلافا له ومثله الطعام
في البيت ومن اقر لغيره بخاتم فله الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشملهما ومن
اقر بسيف لزمه النصل والجفن والحمائل لان الاسم يشمل الكل ومن اقر بحجلة
لزمه العيدان والكسوة لان الاسم ينطلق على الكل عرفا ومن اقر بغصب ثوب
في منديل او بغصب ثوب في ثوب لزماه ومن اقر بغصب ثوب في عشرة اثواب
لزمه ثوب والاصل ان من قال غصبت كذا في كذا فان كان الثاني مما يكون وعاء
للاول وظرفا له لزماه نحو ثوب في منديل وثوب في ثوب وطعام في جوالق او سفينة
ونحو ذلك لان في للظرف حقيقة وقد اخبر عن الفعل فيه وهو مظروف والفعل
في المظروف يعد في الظرف وهذا لانه اخبار عن نقله ونقل المظروف لا يتصور الا بنقل
ظرفه فصار اقرارا بغصبهما ضرورة وان كان الثاني مما لا يكون ظرفا ووعاء للاول
كقوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لان الدرهم لا يجعل ظرفا للدرهم
فكان المراد به الضرب والدرهم في الدرهم ضربا يكون واحدا وان كان الثاني مما
يحتمل ان يكون ظرفا وان لا يكون ظرفا يحمل على الظرف عند محمد رحمه الله لانه حقيقة
للظرف ومتى امكن حمله على الحقيقة يحمل عليها كما في قوله غصبت ثوبا في عشرة
اثواب فانه يلزمه عند محمد رحمه الله احد عشر ثوبا لان الثوب قد يكون وعاء للثوب
الواحد لانه قد يصان الثوب النفيس في عشرة من الثياب فصار كقوله حنطة في جوالق
وعند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة رحمه الله لم يلزمه الا ثوب واحد لان الثوب
الواحد لا يصان في عشرة اثواب عادة فصار بيانا ان محل المغصوب عشرة اثواب
كما لو قال غصبت اكافا على حمار فانه اقرار بغصب الاكاف فقط وذكر
الحمار لبيان المحل وغصب الشيء من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل ولان العشرة
لا تكون وعاء اذ الوعاء غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب فكل ثوب يكون موعى
في حق ما وراءه فيكون الوعاء الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق كون العشرة وعاء
للثوب الواحد ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة وعنى الضرب والحساب لزمه
خمسة لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في تكثير المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة وعشرون
لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة

لان اللفظ

لان اللفظ يحتمله قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو قال له علي
من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه
الابتداء وما بعده وتسقط الغاية الثانية وقالا يلزمه العشرة فتدخل الغايتان وقال
زفر رحمه الله يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط له ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت المسائل مع الدلائل في
الطلاق

فصل في الاقرار بالحمل وللحمل

ومن اقر بالحمل او لحمل
وبين سببا صالحا صح الاقرار والا لا اعلم انه اذا اقر بحمل امة او حمل شاة
لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا بان اوصى رجل بالحمل لرجل ومات فاقر
وارثه بان هذا الحمل لفلان واذا اقر لحمل فلانة بالف درهم فهذا على ثلاثة اوجه
احدها ان يبين سببا صالحا بان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فاستهلكته
فهذا الاقرار صحيح ولزمه المال لانه بين سببا صالحا لو عاينا لحكم بوجوب المال
عليه فكذا اذا ثبت باقراره اذ الاقرار صدر من الاهل للاهل اذ الجنين اهل لملك
المال بالوصية والارث ثم ان جاءت به حيا في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار
لزمه بان وضعته لاقل من ستة اشهر منذ مات المورث والموصي وان وضعته
لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون المرأة معتدة فحينئذ اذا ولدت
لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين مات المورث
والموصي فان ولدته ميتا فالمال مردود على ورثة الموصي والمورث لانه اقرار في الحقيقة
للمورث والموصي اذ التركة مبقاة على ملك الميت ما لم تنصرف الى وارثه او الى من اوصى له
به ولو ولدت ولدين حيين فالمال بينهما فان كان احدهما ذكرا والاخر انثى
ففي الوصية يقسم بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
وثانيها ان بين سببا مستحيلا بان يقول اقرضني الف درهم او باعني شيئا بالف
درهم فهذا الاقرار باطل ولا يلزمه شيء اذ المبايعة والاقراض لا يتصور من الجنين
اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يعتبر تصرفه كتصرفه
فان قيل هذا رجوع عن الاقرار لا يصح قلنا بل هو بيان محتمل فيقبل منه وثالثها
ان يبهم الاقرار فانه لا يصح عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يصح لان هذا
اقرار صدر من الاهل وقد احتمل الصحة لو حمل على الارث او الوصية والفساد لو حمل
على الاقراض او المبايعة فيحمل على السبب الصالح تصحيحا لكلام العاقل واعمالا للاقرار
الذي هو حجة ولابي يوسف رحمه الله ان هذا الاقرار احتمل الجواز والفساد وقد تعذر
حمله على الجواز فيحكم بالفساد وهذا لان للجواز جهتين الوصية والارث والجمع
بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر سببا باولى من الاخر فتعذر الحمل على الجواز
فتعين الفساد كما لو اشترى عبدا بالف ثم باعه من البائع مع عبد اخر بالف

وان رجوع عن الاقرار

وخمسمائة وقيمتهما سواء فان البيع يفسد في الذي اشتراه من البايع وان احتمل الجواز
لان الجواز جهتين ان يصرف اليه مثل الثمن الاول او اكثر والجمع بينهما متعذر وترجيح
احدهما على الآخر تحكم فحكمنا بالفساد ضرورة بخلاف ما لو اقر بمجمل لان طريق
التصحيح متعين بالوصية كما مر

باب الاستثناء وما في معناه

ومن اقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط اي اذا اقر رجل لرجل بدين عليه على انه
فيه بالخيار ثلاثة ايام فالاقرار جايز لوجود الصيغة الملزمة وبطل الخيار لان الاقرار
اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار لان الخبر ان كان صدقا فهو واجب العمل به
اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدم اختياره
وانما تاثير شرط الخيار في العقود ليتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه ومن اقر
بشيء فقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان التعليق بمشية الله تعالى
ابطال عند محمد فبطل قبل انعقاده للحكم وعند ابي يوسف رحمه الله تعليق بشرط
لا يوقف عليه فكان اعداما من الاصل ولان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل
التعليق بالشرط لانه ان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان
كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه يتبين انه ليس بايقاع
ما لم يوجد الشرط وكان ينبغي ان يجب المال كما في الخيار الا ان التعليق يدخل
على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا الغا الخيار
بقي حكم الاقرار بناء على السبب بخلاف ما لو قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جا
راس الشهر او اذا افطر الناس لان هذا ليس من باب التعليق بالشرط بل هو تاجيل
للدين الى غاية حتى لو انكر المقر له الاجل يكون المال حالا لان موته كاين وكذا
مجيء راس الشهر ووقت الفطر ولهذا قالوا المراد به دخول وقت الفطر لا حقيقة الفطر
حتى لو عنى به حقيقة فعل الفطر ينبغي ان لا يصح اقراره ويستثني مجانسا منه متصلا
لا يستغرق اي الاستثناء يجوز اذا كان المستثنى منه من حيث الثمنية وكان الاستثناء
متصلا غير مستغرق اي لا يكون استثناء الكل من الكل نيابة اذا اقر رجل لفلان
عليه الف درهم الا تسعمائة وخمسين درهما صح الاستثناء وعليه خمسون درهما
لان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فيصح اذا بقي بعد المستثنى شيء يجعل العبارة
للكلام عنه والباقي هنا وراء المستثنى خمسون فكان مقرا به بهذه العبارة ولكن لا بد من
الاتصال لانه بيان مغير فيصح بشرط الوصل لما عرف في اصول الفقه فان كان الاستثناء
مفصولا كان رجوعا عن الاقرار بعد صحته فبطل وسواء استثنى الاقل او الاكثر
وعن ابي يوسف رحمه الله وهو قول مالك والفراء رحمهم الله انه لا يصح استثناء
الاكثر وقد مر في الطلاق وهذا اذا لم يكن مستغرقا فان كان مستغرقا فالاستثناء
باطل بان قال له علي الف درهم الا الف درهم فان الالف لازم عليه لانه لم يبق

بعد الاستثنا

بعد الاستثناء شيء ليصير الكلام عبارة عنه فكان رجوعا على الاقرار لا استثناء والرجوع
باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا ما يكون فيه معنى البيان لا ابطال كلامه
والابطال ليس من البيان في شيء ولو قال له علي الف درهم الا دينارا فالاستثناء جايز
ويطرح من الالف قيمة الدينار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقياس
ان لا يصح هذا الاستثناء وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وعلى هذا الخلاف لو قال
الا فلسا او الا كر حنطة او استثنى شيئا مما يكال او يوزن او يعد ولو قال الا شاة
الاستثناء
او ثوبا او عرضا من العروض بطل الاستثناء عندنا وقال الشافعي رحمه الله يصح
ويطرح عنه قدر قيمة المستثنى لمحمد وزفر ان المستثنى استخراج بعض ما تناوله صدر
الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر وهذا لا يتصور في
خلاف الجنس والكلام مع الشافعي رحمه الله بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء
فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة اي انما امتنع ثبوت الحكم في المستثنى بدليل
معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان علي عشرة الا درهما فانه ليس علي
فعدم لزوم الدرهم للدليل المعارض لا لكلامه لانه يصير بالاستثناء كانه لم
يتكلم به ولان اهل اللغة اطبقوا على ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا
اجماع منهم لان المستثنى حكما يعارض به حكم الصدر ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد
بالاتفاق ولو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشركة لا توحيدا
فاذا ثبت هذا الاصل فقابل العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن
هنا للمجانسة من حيث المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى
فيصير كالمتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى من ان يكون ايجابا
كقوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما وامتناع ثبوت الحكم لقيام
الدليل المعارض يكون في الانشاء لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان
الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فنجمع بين القولين ونقول انه
استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته واختير الاثبات في كلمة
التوحيد اشارة والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يعترفون به الا انهم يشركون
معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا
ثبت هذا الاصل فنقول انما يصح استثناء الثوب بحجة اذا تناوله صدر الكلام
ولم يكن الصدر متناولا للثوب فلم يكن استثناء بل كلاما مبتدا لبيان انه ليس عليه
شيء من الثوب وعدم وجوب الثوب عليه لا ينافي وجوب الالف عليه والقياس كذلك
فيما اذا استثنى مكيلا او موزونا او معدودا من خلاف جنسه لان الصدر لم يتناوله
ولكن ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله استحسنا وقالا المقدرات جنس واحد
معنى وان كانت اجناسا صورة لانها تثبت في الذمة ثمنا اما الدنانير فظاهر وكذا

غيره لأن الكيلي والوزني في مبيع باعتبارهما ثمنان وصفيهما حتى لو عينا تعلق العقد
بأعيانهما ولو وصفا ولم يعينا حكمهما حكم الدنانير ولهذا يستوي الجيد والرديء
فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى والاستثناء إخراج وتكلم
بالباقي معنى لا صورة لأنه تكلم بالألف صورة والعدديات التي تتقارب كالمقدرات
في ذلك أما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لأنه لم يصح ثمنا فلم يكن
استثناؤه استخراجا صورة ولا معنى فكان باطلا فإن قلت إن فاتت المماثلة من
حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم يصح الاستخراج باعتبارها قلت الأثمان
مقدرة لمالية الأشياء لأنها مقدرة فيصلح أن تكون مقدرة للدراهم المستثناة فكأنه
ذكر المقدر وترك المقدر لدلالة المقدر فكان الاستثناء استثناء الدراهم من الدراهم
معنى وما لا يصلح ثمنا لا يكون من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة
لأنه استخراج معنى ولم يصلح الاستخراج معنى فبطل ولو قال هذه الدار لفلان
إلا بناءها فإنه لي فللمقر له الدار والبناء لأن اسم الدار لا يتناول البناء مقصودا إذ الدار
اسم لما أدير عليه الحائط من البقعة والبناء يدخل تبعا لا لفظا والاستثناء إنما يكون مما
تناوله الكلام نصا لأنه إخراج ما لولاه لكان الكلام متناولا له واستثناء التوابع باطل
لأن المعنى الذي لأجله كان يدخل لولا الاستثناء لا يفوت بالاستثناء إذ التبعية
قائمة بعد الاستثناء وهذا كمن قال هذه الأمة لفلان إلا ما في بطنها فإنه باطل والنخلة
في البستان والفص في الخاتم نظير البناء في الدار لأنهما يدخلان في البستان والخاتم
تبعا لا لفظا فلا يصح استثناؤهما بخلاف ما لو قال إلا ثلثها أو إلا بيتا منها لأنه يدخل
فيه لفظا فيصح الاستثناء ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال
لأن العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البناء والشجر فكأنه قال بياض هذه الأرض دون
البناء لفلان ولو قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الأرض والبناء لفلان إذ الإقرار
بالأرض إقرار بالبناء تبعا كالإقرار بالدار ولو قال له علي ألف درهم من ثمن عبد
اشتريته منه ولم أقبضه فإن ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له إن شئت فسلم العبد
وخذ الألف وإلا فلا شيء لك وهذه المسألة على وجوه أحدها هذا وهو أن يصدقه
ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لأن ما ثبت بتصادقهما كالثابت عيانا والثاني
أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وإنما بعتك غيره وفيه المال لازم على المقر
لأنه أقر بوجوب المال عليه عند سلامة العبد له وقد سلم العبد له حين أقر ذو اليد
أنه ملكه فيلزمه المال والأسباب مطلوبة لأحكامها لا لأعيانها فلا يعتبر التكاذب
في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال والثالث أن يقول العبد عبدي ما
بعتك وحكمه أن لا يلزم المقر شيء لأنه أقر له بالمال إذا سلم له العبد والرابع أن يقول
العبد عبدي ما بعتكه وإنما بعتك غيره وحكمه أن يتحالفا لأن كل واحد منهما مدع

ومنكر

ومنكر وهذا لأن المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكره والمقر له يدعي على المقر
الألف ببيع غيره وهو ينكر وإذا تحالفا انتفى دعوى كل واحد منهما عن صاحبه فلا يقضى
عليه بشيء من المال والعبد سالم لمن في يده هذا إذا ذكر عبدا بعينه فإن قال
من ثمن عبد اشتريته منه ولم أقبضه ولم يعينه لزمه الألف ولا يصدق في قوله
ما قبضت عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لأنه رجوع عما أقر به والرجوع
عن الإقرار باطل موصولا كان أو مفصولا وهذا لأنه أقر بوجوب المال عليه
نظرا إلى قوله علي إذ هي للالتزام وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلا
لأن ثمن عبد هو غير معين لا يكون واجبا على المشتري إلا بعد القبض لأن ما
لا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لأنه لا طريق للوصول إليه فإنه ما من
عبد يحضره إلا وللمشتري أن يقول المبيع غير هذا وتسليم المبيع لا يجب إلا بإحضار
المبيع فعلم أنه في حكم المستهلك فكأنه أقر بالقبض ثم رجع عنه وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل لم يصدق
إذا أنكر المقر له أن يكون من ثمن عبد وإن أقر أنه ثمن العبد فالقول قول المقر
أني لم أقبضه لأن قوله له علي ألف درهم إقرار بوجوب المال عليه وقوله
من ثمن عبد اشتريته بيان لسبب الوجوب فإذا صدقه المقر له في هذا السبب
يثبت السبب بتصادقهما ثم وجوب المال بهذا السبب إنما يتأكد بالقبض والمقر
ينكره فجعلنا القول قوله في إنكار القبض وإن كذبه في السبب وكان هذا
من المقر بيانا مغيرا لمقتضى أول الكلام لأن مقتضى أول كلامه أن يكون مطالبا بالمال
في الحال ولكن على احتمال أن يكون مطالبا به حتى يحضر العبد وبيان التغيير يصح موصولا
أو مفصولا ولو قال ابتعت منه شيئا بألف درهم إلا أني لم أقبض منه فالقول قوله
بالإجماع لأنه أقر بمجرد العقد والإقرار بالعقد لا يكون إقرارا بالقبض بخلاف الإقرار
بوجوب الثمن وكذا لو قال لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير لزمه
الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رحمه الله وصل أم فصل لأنه رجوع وثمن
الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم وأول كلامه يدل على الوجوب والرجوع
لا يقبل وصل أم فصل وعندهما إذا وصل صدق ولا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه
أنه أراد به الإبطال دون التحقيق إذ الكلام يتم بآخره فصار كما لو قال في آخر
كلامه إن شاء الله تعالى قلنا هذا إبطال والإبطال لا يكون بيانا فلم يصح
وإن كان موصولا وقوله إن شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط
من باب التعليق فيصح ولو قال له علي ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف
درهم ثم قال هي زيوف أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاص أو قال إلا أنها زيوف
أو قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع وقال المقر له جياد لزمه الجياد

عند أبي حنيفة رحمه الله فصل أو وصل. وقالا إن وصل صدق وإن فصل لا يصدق
لأنه بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء والتعليق. وهذا لأن الزيوف
من جنس الدراهم حتى يحصل بها الاستيفاء في الصرف والسلم إلا أن مطلق الدراهم يتناول
الجياد لأن بياعات الناس تكون بالجياد فكان معتبرا للأصل. ولذلك شرط الوصل
وكذا الستوقة تسمى دراهم مجازا. والنقل عن الحقيقة إلى المجاز بيان فيه تغيير
فيصح موصولا كما لو قال إلا أنها وزن خمسة أو ستة ونقد بلد هم وزن سبعة
صدق إن وصل. وله أن هذا رجوع عما أقر به ودعوى أمر عارض فلا يقبل وإن
وصل كقوله علي ألف من ثمن بيع إلى شهر فإن دعوى الأجل لا تقبل منه. وهذا
لأن الدراهم المطلقة جياد والزيافة في الدراهم عيب ومقتضى العقد يقتضي السلامة
عن العيب فإذا ادعى أنها زيوف فقد ادعى إبطال ما هو مستحق بالعقد فلا يصدق وإن
وصل كما لو ادعى البائع أن المبيع معيب وقد كان المشتري عالما به لم يقبل قوله في ذلك
إذا أنكر المشتري والستوقة ليست بثمن وهو إقرار بالثمن فكان رجوعا. بخلاف قوله
إلا أنها وزن خمسة لأنه ليس ببيان وهو إقرار بالثمن فكان رجوعا بخلاف قوله إلا أنها
فمن للعيب بل هو استثناء بعض المقدار لأن أول كلامه يتناول القدر والاستثناء
الملفوظ صحيح. بخلاف الجودة لأن استثناء الوصف لا يصح كالبناء في الدار. لأن الصفة
ليست مما يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى. وإنما تثبت صفة الجودة بمقتضى مطلق
العقد. وبخلاف ما لو قال له علي كر من ثمن بيع أو قرض. ثم قال هو ردي
فالقول قوله في ذلك وصل أم فصل لأن الرداءة ليست بعيب في البر. إذ العيب ما يخلو
عنه أصل الفطرة والبر قد يكون رديا في أصل الخلقة فكان نوعا وليس مطلق العقد
مقتضيا في نوع دون نوع فلم يكن في هذا التغيير موجب كلام. فصح موصولا ومفصولا
وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصدق في القرض في الزيوف إذا وصل لأن القرض
يتم بالقبض. فأشبه الغصب وصح دعوى الزيافة. وجه ظاهر الرواية أن الاستقراض
متعارف بين الناس كالبيع وذلك يجري في الجياد عادة فانصرف مطلقه إليها. ولو قال
لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق إجماعا إذا وصل
لأن صفة الجودة إنما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة. فإذا لم يصرح في كلامه بجهة
التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة عليه. وقيل هو على الخلاف أيضا. لأن مطلق
الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بطريق التجارة لكونها مشروعة لا إلى الاستهلاك
المحرم فصار كما لو بين سبب التجارة ثم ادعى الزيافة. وعند زفر رحمه الله
يبطل إقراره إذا قال المقر له هي جياد. لأنه رد إقراره بالزيوف فبطل وادعى عليه الجياد
وهو ينكر. ولنا أنهما تصادقا على الأصل وإن أقر بالمال غصبا أو وديعة ثم قال هي
زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل. لأنه ليس للغصب والوديعة موجب
في الجياد

في الجياد دون الزيوف. فالغاصب يغصب ما يجد والمودع يودع ما يحتاج إلى الحفظ
فلم يكن قوله هي زيوف تغييرا لأول كلامه بل هو بيان النوع فصح موصولا ومفصولا.
ولهذا لو جاء راد المغصوب أو الوديعة بالمعيب كان القول له. لأن الاختلاف متى
وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينا كان أو أمينا. وعن أبي يوسف رحمه الله
أنه إذا قال غصبته ألفا ثم قال هي زيوف لم يصدق إذا فصل كما في القرض لأن
المستقرض والمغصوب مضمونان. ولو قال في الوديعة والغصب إلا أنها ستوقة
أو رصاص فإذا وصل صدق. وإن فصل لا يصدق. لأن الستوقة ليست من جنس
الدراهم. ولهذا لا يجوز التجوز بها في الصرف والسلم لكن الاسم يتناولها مجازا
فكان بيانا مغيرا فيصح موصولا لا مفصولا. بخلاف الزيوف لأنها دراهم حقيقة
فلا يكون تغييرا. وإن قال لفلان علي ألف درهم من ثمن متاع أو قال أقرضني
فلان ألف درهم أو قال أودعني أو قال غصبت ألف درهم ثم قال إلا أنه ينقص
كذا أصدق إن وصل وإن لا لا. لأنه استثناء المقدار فيصح موصولا. بخلاف الزيافة
لأنه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الأوصاف والاستثناء تصرف لفظي فيصح في
الملفوظ لا في غيره ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل. لأنه لا يمكن
الاحتراز عنه. ومن أقر بغصب ثوب وجاء بثوب معيب فالقول قوله. لأن الغصب
لا يقتضي السلامة. رجل قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت وقال
صاحب المال لا بل أخذتها غصبا ضمن المقر لأنه أقر بسبب الضمان وهو الأخذ إذ أخذ
مال الغير سبب الضمان لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب
البراءة عنه وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان
على المقر بإقراره إلا أن ينكل الخصم عن اليمين. وإن قال أعطيتني ألف درهم وديعة
فهلكت. وقال صاحب المال بل أخذتها غصبا لم يضمن المقر لأنه ما أقر بسبب الضمان
بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون سبب الضمان على المقر إلا أنه يدعي عليه سبب
الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين. إلا أن ينكل المقر عن اليمين
فيثبت. يلزمنا الملك والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء. فإن قيل الإعطاء والدفع
إليه لا يكون إلا بقبضه فكان مقرا بالقبض. قلنا قد يكون بالتخلية والوضع بين
يديه. ولئن اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
لأن الثابت ضرورة عدم في غير موضعها. وهذا بخلاف ما لو قال أخذتها منك
وديعة. وقال لا بل أخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما
اتفقا على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان والمقر ينكر
فكان القول للمنكر. رجل قال هذه الألف وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال
فلان كذبت وهو لي فإن فلانا يأخذه لأنه لما أقر المعاقر باليد لفلان وأقر بالأخذ
منه

والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ منه. وان قال اجرت او اعرت بعيري هذا فلانا فركبه ورده علي او قال اجرت او اعرت ثوبي هذا فلبسه ورده علي وقال فلان كذبت بل الثوب والدابة لي فالقول للمقر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا القول للذي اخذ منه الدابة والثوب وعلى هذا الخلاف لو قال اسكنت فلانا بيتي هذا ثم اخرجته وادعى ذلك ان البيت له فالقول للمقر وعلى الاخر البينة عنده وعندهما القول لمن يسكن مع يمينه. ولو قال خاط فلان ثوبي بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على الخلاف في الصحيح وجه قولهما وهو القياس ان المقر اقر باليد لفلان ثم ادعى عليه الاستحقاق فيجب عليه الرد كما في الوديعة. وله ان الاقرار بالاعارة والاجارة لا يكون اقرارا للمستعير والمستاجر قصدا لان اليد فيهما ضرورة استيفاء المنفعة فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر لان الثابت ضرورة عدم فيما وراءها. اما الايداع فاثبات لليد قصدا فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فيظهر في حق الاستحقاق على المقر. ولان في الاجارة والاعارة اقرار بيد ثابتة من جهته فكان القول قوله في كيفيته بخلاف الوديعة. وقد يكون بلا صنعه بان هبت الريح والقت في داره شيئا حتى اذا قال اودعتها فهو على الخلاف. وذكر القمي رحمه الله في الغرض انه قال في مسئلة الوديعة فاخذتها منه فلزمه جزاؤه وجزاء الاخذ الرد. وههنا قال فرددها علي فافترقا لافتراقهما في الوضع. وهذا ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في وضع الطريق الاخر في كتاب الاقرار ايضا. وهذا الخلاف ما لو قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له فالقول للمقر له لان الديون تقضى بامثالها بقبض مضمون فكان مقرا بقبض مال الغير وهو سبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه عنه وهو المقاصة والاخر ينكره فكان القول للمنكر. وههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة ونحوها فوضح الفرق. ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس الكرم وذلك كله في يد المقر فادعى المقر له انها له وقال المقر لا بل ذلك لي وانما استعنت بك ففعلت او فعلت باجر فالقول للمقر لظهور يده في الحال ولم يقر بانه كان في يد الغير من قبل وانما اقر بمجرد فعله وذا لا يدل على اليد لانه قد يكون العمل من المعين والاجير والعين في يد صاحبها. وصار كما لو قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف ولم يقل قبضته منه وقال الخياط هو لي فان القول للمقر لانه لما اقر بثبوت اليد للخياط لجواز ان يخيط الخياط في دار رب الثوب ولا تثبت يد الخياط عليه فلا يلزمه الرد.

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة يقدم دين الصحة والديون المعروفة الاسباب على ما اقر في مرضه.

وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب في محله فيستويان في الوجوب. وهذا لان محل الوجوب في الحالين الاقرار وصحته لصدوره عن عقل ودين لانهما يدعوانه الى الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف بين الصحة والمرض بل بالمرض يزداد جهة رجحانه الصدق لان المرض سبب التورع عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي. والاحتراز عن الكذب في هذه الحالة اكثر فكان جهة قبول الاقرار فيه اوفر. واذا استويا وجوبا استويا استيفاء كما لو اشترى شيئا بمعاينة الشهود او تزوج امراة على الف وهو مهر مثلها. ولنا ان المريض محجور عن الاقرار بالدين ما لم يفرغ عن دين الصحة فلا يزاحم الدين الثابت باقرار المحجور الدين الثابت بلا حجر لان الثابت بتصرف المحجور غير ثابت في قدر ما ثبت الحجر عليه كعبد ماذون اقر بالدين ثم اقر بالدين بعد الحجر فالثاني لا يزاحم الاول. وهذا لان سبب المرض يلحقه الحجر لتعلق حق الورثة والغرماء بماله حتى لا يجوز تبرعه بشيء اذا كان الدين محيطا. وفيما زاد على الثلث اذا لم يكن عليه دين لتعلق حق الورثة بماله. فلو لم يتعلق حق الغرماء بماله لما حجر عن التبرع بماله مع قيام اهليته. فيستدل بقيام الحجر على قيام التعليق بماله. ولما ثبت التعليق صار محجورا عن تصرف يبطل حقهم كمن رهن ماله او اجره ثم اقر به لغيره فانه لا ينفذ في حق المرتهن والمستاجر والاقرار مبطل فلم ينفذ في حقهم كالهبة. بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وحقهم انما يثبت فيما يفضل عن الحوائج الاصلية. فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج. قلنا النكاح في الوضع من الحوائج الاصلية والعبرة لاصل الوضع لا للحال والخلاف المبايعة بمثل القيمة. لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة. وما وصل بمقابلته مال تعلق به حق الغرماء فلم يكن في تصرفه ابطال شيء من حقهم بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله. والبدل لحكم المبدل. فان قيل ينبغي ان لا يصح اقراره في حال الصحة لو كان عليه دين لما ان الدين تعلق بماله. قلنا لم يتعلق الدين في حال الصحة بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير. فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله والمريض عاجز عن الاكتساب فيتعين ما في يده لحق الغرماء. ولانه في حال الصحة يحتاج الى التصرف بخلاف حالة المرض فثبوت التعليق ثمة مفض الى الحرج ولا كذلك هنا. ولانه حالة ظهر فيها اثار الموت وسببه فالحقت بحالة الموت فيتعلق حق الغرماء بماله كما في حالة الموت حقيقة. ولا يلزم انه اذا اقر المريض بدين ثم بدين فانهما استويا والحجر لا يثبت بالاول عن الثاني لان الحجر انما يثبت عند الموت ثم يستند الى اول المرض فيصيران جميعا بعد الحجر فاستويا كانهما وجدا معا في حالة واحدة. لان الكل والتقدم والتاخر لا يكون في الحالة الواحدة. واذا استوى الاقراران فيستوي بين موجبيهما. بخلاف حالتي الصحة والمرض. لان حالة الصحة حالة الاطلاق وحالة المرض حالة الحجر فلم يستويا فلا يستوي

بين موجبيهما. وإنما تقدم المعروفة الأسباب لأنه لا تتمكن فيها التهمة إذ المعاين
لا مرد له فصار كالدين الثابت بالبينة في مرضه وذلك مثل بدل مال ملكه
أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره. أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل
دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما مر. ولو أقر بعين في يده لآخر وعليه دين الصحة
لم يصح في حق غرماء الصحة. لأن حقهم تعلق به فكان إقراره مبطلا لذلك التعلق
فلا يصح. ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض خلافا للشافعي
رحمه الله لأن حق الكل في التعلق بماله على اعتبار الموت سواء فكان إيثار البعض
على البعض إبطالا لحق الباقين فلا يجوز. وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء لتعلق
حق الكل بماله. ولو استقرض في مرضه ألفا وقبضه أو اشترى شيئا بمثل قيمته وقبضه
ثم قضى القرض أو نقد ثمن ما اشترى فإن ذلك يجوز على الغرماء إذا علم ببينة. لأن هذا
ليس بإيثار ولا إبطال للحق لأنه حصل مثل ما نقد وحق الغرماء متعلق بمعنى التركة
لا بالصورة فإذا حصل له مثل معنى لم يعد ذلك تفويتا. وإذا أقر قضيت الديون
المتقدمة وفضل شيء صرف إلى ما أقر به في حال المرض. لأن إقراره إنما رد لحق غرماء
الصحة. فإذا لم يبق حقهم ظهرت صحته لزوال المانع وإن لم يكن عليه ديون في صحته
جاز إقراره. لأنه لا يؤدي إلى إبطال حق الغير فكان المقر له أولى من الورثة لتأخر
الإرث عن الدين والوصية بالنص. وقد قال عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين
جاز ذلك عليه في جميع تركته. ولأن حق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ
عن حاجته وقضاء الدين من الحوائج الأصلية. ألا ترى أنه يقدم التجهيز والتكفين
على حق الورثة. ولا يجوز إقرار المريض لوارثه بدين أو عين إلا أن يصدقه فيه بقية
الورثة عندنا. وقال الشافعي رحمه الله يجوز اعتبارا بحال الصحة. وهذا لأن
الإقرار إخبار عن حق لازم عليه. وحال المرض أدل على الصدق لأنه حال تدارك الحقوق
فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الإقرار به فصار كالإقرار بوارث آخر. إذ كل واحد
من الإقرارين إضرار بالوارث المعروف وكالإقرار باستهلاك وديعة معروفة
للوارث. ولنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين. ولأنه آثر بعض
ورثته بشيء من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد كما لو أوصى له بشيء من ماله.
وهذا لأن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور آثار الموت. والظاهر أن
الإنسان لا يحتاج إلى ماله لانتهاء آماله عند إقباله على الآخرة. فيظهر عند استغنائه
حق أقربائه ولهذا امتنع من التبرع على وارثه أصلا. فلو لم يظهر تعلق حق الغير به
لما حجر عن التبرع فلم يصح إقراره للوارث لأنه يوجب إبطال حق الباقين. ولا يلزم أنه
يصح إقراره للأجنبي. وكما يثبت التعلق للوارث في حق وارث آخر ثبت للوارث
في حق الأجنبي. حتى لا يصح تبرع المريض بما زاد على الثلث بحق الوارث. ولأن هذا التعلق

لم يظهر في حق الأجنبي لأنه لو ظهر في حقه لانحجر عن الإقرار له في المرض. ولو انحجر عن الإقرار
للأجنبي في المرض لامتنع الأجنبي عن المعاملة والمبايعة معه في الصحة فتختل مصالحه بخلاف ف
الوارث. لأن المبايعة معه نادرة بالنسبة إلى الأجانب ولم يظهر في حق الإقرار بوارث
آخر. لأن الإقرار بالنسب من حوائجه كيلا يضيع ماؤه فكان مقدما على حق ورثته
وهذا الحجر بحق الورثة. فإذا صدقوه فقد أبطلوا حقهم فينفذ إقراره كما إذا أجازوا
وصيته. فإن قيل لو أقر لامرأته بمهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وحاص غرماء
الصحة به قلنا لأنه لا تهمة في الإقرار لوجوب قدر مهر المثل بحكم صحة النكاح لا بإقراره
ألا ترى أن المنازعة تجعل القول قولها إلى قدر مهر مثلها ولهذا لو أقر لها بزيادة على مهر مثلها
بطلت الزيادة. لأن وجوبها باعتبار إقراره فهو متهم في حقها لأنها من ورثته وكذا الوارث
بقبض مهرها في مرضها من زوجها لم يصدق لأنه إقرار باستيفاء الدين من وارثها فإقرار
المريض باستيفاء الدين من وارثه باطل. وإن أقر المريض بدين لأجنبي صح وإن أحاط بماله
والقياس أن لا يصح إقراره إلا في الثلث لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين
حق الورثة. ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ إلا في الثلث. وكذا الإقرار وجب أن لا
ينفذ إلا فيه. ولكنا تركنا القياس بأثر ابن عمر رضي الله عنهما. فإنه قال إذا أقر الرجل
في مرضه لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله. ولأنه لما صح إقراره في الثلث
لانتفاء التهمة عن إقراره في ذلك القدر. تبين أن ذلك القدر ليس من جملة ماله فيصح
في ثلث ما بقي لأنه الثلث بعد الدين ثم لا يزال يصح حتى يأتي الإقرار على الكل. ولو
أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره. وإن أقر لأجنبية ثم نكحها
لم يبطل إقراره لها. وعند زفر رحمه الله يبطل هذا الإقرار أيضا للتهمة. ولنا أنه
أقر وليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث بعده بخلاف المسألة الأولى لأن
دعوة النسب استندت إلى زمان العلوق. فيظهر أن البنوة كانت زمان الإقرار فلا
يصح. أما الزوجية فتقتصر على زمان التزوج. فلا يظهر أن إقراره كان لزوجته. وبخلاف
ما لو وهب لها هبة أو أوصى لها بوصية ثم تزوجها فإنها تبطل. لأن ذا تمليك بعد الموت
وهي وارثة حينئذ. ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين
ومن ميراثها منه لقيام التهمة لبقاء العدة وباب الإقرار كان منسدا لبقاء الزوجية
فربما أقدم على الطلاق ليصح إقراره لها بزيادة على ميراثها. ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت

فصل

ومن أقر بغلام ليس له نسب معروف يولد مثله لمثله أنه ابنه وصدقه
الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا لأن النسب يلزمه خاصة فلا مانع من صحة
إقراره له. وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأن ذلك يمنع ثبوت نسبه من الغير
وأن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا ظاهرا. وأن يصدقه الغلام. لأن المسألة في
غلام يعبر عن نفسه فلا بد من تصديقه لأنه في يد نفسه. أما إذا كان صغيرا

لا يعتبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه • ولا يمنع المرض من صحة هذه الدعوى لأن النسب
من الحوائج الأصلية فصار كالنكاح بمهر المثل • ويشارك الورثة في الميراث لأنه لما
ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشاركهم فيه • ويجوز إقرار الرجل بالولد والوا
لدين بالشرائط التي بينا والزوجة والمولى لأن موجب الإقرار يثبت بتصادقهما وليس فيه
تحميل النسب على الغير • والشرط أن تكون المرأة خالية عن نكاح الغير وعدته وأن
لا يكون تحت المقر أختها ولا أربع سواها • ولا فرق بين ولاء الأعلى والأسفل إذا لم يكن
للمعتق ولاء من جهة الغير • ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما مر في
جانبه • فأما إذا أقرت بالولد فلا يقبل لأن فيه تحميل النسب على الزوج إذ النسب منه
قال الله ادعوهم لآبائهم • إلا أن يصدقها الزوج إلا أن الحق له أو تشهد بالولادة
قابلة لأن شهادة القابلة في هذا مقبولة • وقد فصلنا إقرار المرأة في كتاب الدعوى
ولا بد من تصديق هؤلاء لأنهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم • ويصح
التصديق في النسب بعد موت المقر لبقاء النسب بعد الموت • وإن أقر بنكاحها ومات
فصدقته بعد موته يصح حتى يكون لها المهر والإرث • وإن أقرت بنكاح رجل وماتت
فصدقها الزوج لم يصح تصديقه عند أبي حنيفة رحمه الله • لأنها لما ماتت زال النكاح
بعلائقه حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها ولا يحل له أن يغسلها فبطل
إقرارها فلا يصح التصديق بعد بطلان الإقرار • وعندهما يصح تصديقه بعد
موتها وعليه مهرها وله الميراث منها لأن الإقرار بالنكاح لا يبطل بالموت بدليل جانبه •
قلنا علائق النكاح تبقى بعد موته لأنه مالك فيبقى ملكه إلى انقضاء العدة • ولهذا يحل
لها أن تغسله فاعتبر تصديقها • بخلاف جانبها لأنها مملوكة وذا حق عليها • ولا يصح
التصديق على اعتبار الإرث لأنه معدوم زمان الإقرار • والتصديق إذا صح استند
إلى زمان الإقرار • وتلك الحالة ليست بحالة جريان الإرث فلا يمكن اعتبار التصديق
باعتبار وراثة ستحدث • وإن أقر بأخ أو عم أو جد أو ابن ابن لا يقبل إقراره في النسب
لأن فيه حمل النسب على الغير • فإن ادعى إرثا أو نفقة أو حضانة يعتبر في حقها
فإن كان للمقر وارث معروف قريب أو بعيد فهو أحق بالإرث من المقر له حتى
لو أقر بأخ وله عمة أو خالة فالإرث للعمة أو الخالة • لأنه لم يثبت نسبه فلا يزاحم
الوارث المعروف • ولا يكون له الثلث بالوصية لأنه ما أوجبه وصية وإنما أوجبه
إرثا وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه • لأن له ولاية على ماله وقد جعل ماله
له • ألا ترى أن يوصي بكل ماله فيستحق كل المال وإن لم يثبت نسبه منه • وهذا ليس بوصية
حقيقة حتى لو أقر بأخ ثم أوصى لآخر بكل ماله فللموصى له ثلث المال • ولو كان
لا قول وصية لاشتركا نصفين لكنه في معنى الوصية • حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه
المقر له ثم أنكر المقر قرابته • ثم أوصى بكل ماله لآخر ومات ولا وارث له فكل ماله

للموصى له

للموصى له بكل ماله ولا شيء للمقر له • وإن لم يوص لأحد وقد جحد ما أقر به فماله لبيت
المال لأن الرجوع صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية لعدم ثبوت النسب فبطل إقراره •
ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه لما مر ويشاركه في الإرث لأن مقتضى
إقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه وشركته في الإرث وله فيه
ولاية فيثبت ما له فيه ولاية ولا يثبت ما لا ولاية له فيه كمن اشترى عبدا فأقر أن
البائع كان أعتقه يعتبر إقراره بالعتق ولا يعتبر في حق الرجوع بالثمن على البائع
فلو أقر بأخ وجحد أخوه أعطى نصف ما وجد وعند مالك رحمه الله ثلث ما وجد •
ولو أقر بأخت وأنكره أخوه أعطى ثلث ما وجد وعنده خمس ما وجد • ولو أقر ابن
وبنت بأخ وكذبهما ابن وبنت يقسم نصيب المقرين بينهم أخماسا وعنده أرباعا •
ومن مات وترك ابنين وله على رجل ألف درهم فأقر أحد الابنين أن أباه قبض منه
نصفه وكذبه الابن الآخر فلا شيء للمقر وللمكذب نصفه • لأن الإقرار باستيفا
الدين إقرار بالدين على الميت لأن قبض الدين إنما يكون بقبض عين مضمون حتى يصير
دينا فيتقاصان فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لأنه أقر بالدين وهو مقدم على الإرث فما لم يقبض جميع الدين لا يكون له من الميراث شيء
ولا يرجع المقر على أخيه بنصف ما قبض وإن تصادقا على أن المقبوض مشترك بينهما •
لأنه لو رجع على أخيه لرجع أخوه على الغريم فيرجع الغريم على المقر بعد ذلك لانتفاء
المقاصة في ذلك القدر وصار دينا على الميت والدين مقدم على الإرث فيؤدي إلى الدور •
وإن أقر أحدهما أن الميت كان قبض كل الألف وكذبه الآخر وقد ترك الميت ألفا آخر
واقتسماه رجع المكذب على الغريم بنصفه بعد أن يحلف المكذب ما يعلم أن الميت
قبض الكل • فإن نكل برئ الغريم عن كل المال الدين بخلاف الأول لأن الغريم
هناك يدعي البراءة عن خمسمائة وقد حصل له البراءة عن خمسمائة بإقرار المصدق
فلا يحلف المكذب بحق الغريم • وهنا الغريم يدعي البراءة عن الألف وقد برئ عن
خمسمائة ويرجع الغريم على الابن المقر بنصف الألف الذي أخذه من تركة أبيه • لأن
من زعمه أن الميت قبض كل الألف وصار ذلك دينا عليه وبطلت المقاصة فيما قبض
الابن المكذب وبقيت خمسمائة دينا على الميت والدين يتقدم على الإرث • وإن مات وترك
ثلاثة بنين وله على أحدهم ألف فأقر في مرضه بقبضه وصدقه الابن الغريم وأخ وكذبه
الثالث برئ الابن الغريم من ثلثه وثلث المصدق وغرم ثلث المنكر • لأن
الإقرار بالاستيفاء إقرار بالدين للوارث وهو وصية في حق من صدقه وأجازه لا في
حق من كذبه • فإن ترك الميت ألفا آخر واقتسموا بينهم أثلاثا الثلث للمكذب
وبقي ثلثان للمصدق والغريم • فيأخذ الابن الغريم ثلثا بحكم دينه بتصادقهما
أن قبض الثلث صار دينا على الميت لبطلان المقاصة فيه • حيث أخذ المكذب

من الغرماء ثم قدر الثلث والدين مقدم على الارث بقي ثلث آخر فيقسم بينهما نصفين. ولو اقر
في مرضه انه باع عبده في صحته من ابنه فلان وقبض ثمنه وانفقه في حاجته وسلم العبد اليه
ثم اودعه اياه ثم مات وصدقه الابن المقر له واخ وكذبه الثالث بطل في ثلث المكذب
عند ابي حنيفة رحمه الله وصح في ثلثيه وخير لتفرق الصفقة عليه. وهذا لانه متهم في اسناد
البيع الى حال الصحة فيجعل كانه انشأ البيع في المرض وان امضى اخذ ثلثيه ورجع بثلث
الثمن في نصيب نفسه ونصيب المصدق من التركة لتصادقهما ان ذلك القدر صار دينا له
على الميت باستحقاق ثلث العبد عليه والدين مقدم على الارث وان فسخ صار العبد بينهم
اثلاثا فرجع المقر له بكل الثمن في نصيبه ونصيب المصدق من العبد. لان نفس البيع ليس
بوصية عندهما لكن يدفع ثلث الثمن الى المكذب. لان اقرار المريض باستيفاء الثمن لم يثبت
في حق المكذب.

المتفرقات

الاصل ان الكلام اذا وجد نفاذا على المتكلم ينفذ
عليه وان تعذر تنفيذه يتوقف على الغير ان امكن والنسب لا يحتمل الشركة. لان
انعلاق الولد من ماء الرجلين ممتنع وفيما اذا ادعيا معا الاب احدهما حقيقة. ولكن
لعدم رجحان احدهما على الاخر اضيف اليهما في حق الاحكام والتدبير والاستيلاد
يحتملان الشركة. قال لصبي طفل لا يعبر عن نفسه هو ابني وابنك ووصل وعكس
او ابنا ثبت نسبه من المقر صدقه شريكه او كذبه. ولانه لما قال هو ابني ثبت نسبه
منه لعدم المانع من النفاذ وقيام الولاية عليه وبطل آخر كلامه. لان النسب لا يحتمل
الشركة. ولما بطل آخر كلامه استوى تصديقه وتكذيبه. وكذا اذا قال هو
ابنا وكذا اذا عكس لانه ذكر في آخر كلامه ما يغير اوله. فيجعل الكل كلاما واحدا
كما في الشرط وصار كانه قال هو ابنا فيثبت النسب منه ولا يثبت النسب من الاخر
وكذا لو فصل بالسكوت وبدأ بنفسه وهذا ظاهر. ولو بدأ بشريكه وقال
شريكه ابني وابنك او ابننا ثبت من شريكه وان كذبه شريكه لا يثبت من احد
عند ابي حنيفة رحمه الله. وعندهما يثبت من المقر واصله انه اذا اقر بنسب
ولد امته من عبده وكذبه العبد ثم ادعى لنفسه لا يصح عنده خلافا لهما وقد
مرت وكذا اذا كان يعبر عن نفسه واقر بالرق. لان قول الرقيق لا يعتبر
وان لم يعتق به فلا بد من تصديقه. فان صدقهما او صدق المقر ثبت النسب من المقر
اما اذا صدق المقر فظاهر وكذا اذا صدقهما. لان اقراره سابق فالتحق التصديق
بالاقرار وان صدق شريكه توقف على تصديقه. لان نسبا لحق من الحي لا يثبت
الا بتصادقهما لما مر ولم يسمع ولم يضمن المقر ان ثبت نسبه وصدقه شريكه
لتصادقهما على انه حر الاصل وصار كعبد ادعاه احد سيديه انه ابنه ثم شهد
باعتاق شريكه قبل ان يدعيه وصدقه صاحبه فانه لا ضمان ولا سعاية فيه وان
كذبه شريكه في النسب له ولنفسه صار كعبد حرره احد سيديه وحكمه قد مر.

قال احد

قال احد سيدي امة هي ام ولدي. وقال الاخر كنت اعتقتها قبل ان تدعي ضمن المنكر لد
نصف قيمتها لشريكه. لان اقراره بامية الولد يقتضي صار متملكا نصيب صاحبه
بالضمان. وان قال حررتها انا وانت او انا فحررتها او قال هي ام ولدي وام
ولدك او ام ولدك وام ولدي او ام ولدنا. او قال دبرتها انا وانت او انا او دبرناها
فان صدقه شريكه فهي حرة او ام ولد او مدبرة لهما. وان كذبه شريكه فهي كامة
حررها او استولدها او دبرها احدهما وقد عرف. حرة اقرت بدين ولها زوج
فكذبها زوجها صح في حق الزوج عند ابي حنيفة رحمه الله حتى تحبس وتلازم كالدين
الثابت بالمعاينة بالاستهلاك او الشراء او بالبينة. وعندهما لا يصدق في حق الزوج
فلا تحبس ولا تلازم لان فيه منع الزوج من غشيانها واقرارها لا يصح فيما يرجع الى ابطال
حق الزوج. مجهولة النسب اقرت بالرق لانسان ولها زوج واولاد من الزوج وكذب
زوجها صح في حقها دون حقه وحق العتق والولد. الا ان يعلق ولد بعد الاقرار
فانه يكون رقيقا عند ابي يوسف رحمه الله لانه حكم برقها وولد الرقيقة رقيق وقال
محمد رحمه الله هو حر لانه تزوجها بشرط حرية اولادها فلا يصدق على ابطال هذا
الحق فلو ابى واقرت قبل شهرين فعدتها مدتهن. وان اقرت بعد مضي شهرين وانه بعض
فالاصح انه متى امكنه تدارك ما خاف فوته باقرار الغير ولم يتدارك بطل حقه. لان فوات
حقه مضاف الى تقصيره حينئذ وان لم يمكنه التدارك لا يصح الاقرار في حقه. فاذا اقرت
بعد شهر امكن للزوج التدارك في شهر بعده فلم تصر مبطلة حقه. واذا اقرت بعد شهرين
لا يمكنه التدارك. وكذا الطلاق والعدة حتى لو طلقها ثنتين ثم اقرت ملك الثالثة
ولو اقرت قبل الطلاق تبين بثنتين. ولو مضت من عدتها حيضتان ثم اقرت ملك
الرجعة. ولو مضت حيضة ثم اقرت تبين بحيضتين. والاصل امكان التدارك وعدمه
ولو قال لها طلقي نفسك ثنتين او قال لاجنبي طلقها ثنتين ان شئت او قال
اذا جاء رأس الشهر فانت طالق ثنتين فاقرت ووقعتا له الرجعة. لان التدارك
ليس في يده. بخلاف الوكيل في تطليقتين لامكان التدارك بالعزل وان جنى عليها
فارشها لامة المقر له. لانه لا حق للزوج في اطرافها. وان جنت خير المقر له بين الدفع
والفداء لانه لا ضرر على الزوج في ذلك. فانه لا يكون للمدفوع اليه ان يقبضها من يد الزوج
كما لم يكن ذلك للمقر له. مجهول النسب اذا حرر عبده ثم اقر بالرق لانسان وصد قه
المقر له صح في حقه حتى صار رقيقا له. ولا يصح في ابطال العتق حتى بقي معتقه حرا وان
مات المعتق فارثه لورثته لانه مكذب في زعمهم. فان لم يكن له ورثة فللمقر له
وقد اقر للمقر له. فان مات المقر ثم المعتق فارثه لعصبة المقر. لانه لما مات انتقل الولاء
اليهم بخلاف ما لو كان حيا. وان جنى المعتق سعى في جنايته لانه لا عاقلة له. وان جنى
عليه يجب ارش العبد. لان الظاهر لا يصلح للالزام. مات عن ثلاثة اعبد قيمة كل واحد

ثلثمائة لا مال له غيرهم وترك ابنا لا وارث له غيره فقال الابن اعتق ابي في مرضه هذا
وهذا او هذا اعتق ثلث كل واحد وسعى في ثلثيه لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ
الجمع اذا ذكر في اخره ما يغير اوله موصولا وقد ذكر في اخره ما يغير اوله وهو كل
العتق للاول الا ترى انه لو اقتصر عليه تسلم كل الرقبة للاول وكانه قال اعتق ابي
هؤلاء في مرضه ولم يعتق من كل واحد الا ثلثه مجانا ويسعى في ثلثي قيمته كذا هنا
ولو مات واحد يسعى كل واحد من الباقيين في ثلثة ارباعه لان الاصل ان المال لما كان
مشتركا فما ذهب يذهب على الشركة وما بقي يبقى على الشركة وحق الوارث في سهم
وحق الوارث في السهمين فيعتق من كل واحد سهم من اربعة ويسعى في الباقي وان
مات اثنان سعى الباقي في ستة اسباعه لان حقه في سهم وحق الوارث في ستة
ولو سكت بين كل اقرارين عتق كل الاول لانه الثلث فلا مزاحم له ونصف الثاني لانه اقر
ان الثلث بينهما نصفان الا ان الرجوع عن الاول لا يصح وثلث الثالث لاقراره ان الثلث
بينهم اثلاثا ولا يتغير بموت الاول حكم الباقين لانه عتق كله بلا سعاية فان مات الاوسط
عتق من الثالث ثمانية وسبعون درهما واربعة اسباع درهم من قيمته ويسعى في الباقي
لان جملة مال الميت خمسمائة وخمسون درهما وذلك كل العبد الثالث لانه باق وقيمته
ثلثمائة وثلثا العبد الاول وقيمته مائتان وسدس العبد الثاني وقيمته خمسون لانه
يقول للوارث انك اتلفت ثلثي الاول بالاقرار له واتلفت سدسا بالاقرار للثاني فكانا
قائمين تقديرا وحق العبد الباقي في سهم وهو ثمانية وسبعون واربعة اسباع درهم
ويسعى للوارث الى تمام قيمته وذا مائتان واحد وعشرون درهما وثلثة اسباع درهم
فان مات الاخر سعى الاوسط في نصف قيمته لان اقراره للثالث لم يصح في حق الاوسط
فاجعله كانه حي ولدت امة ثلثة اولاد في بطن وادعى المولى نسب اكبرهم
ثبت نسبه فقط وعند زفر رحمه الله ثبت نسب الكل منه لان الدعوة تستند
الى وقت علوق الاول فتصير امه ام ولد من ذلك الوقت فكان الاخران ولدي ام فيثبت
نسبهما منه اذا لم ينفهما ولنا ان السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان والتزام
النسب بالبيان عند ظهور دليله واجب شرعا فصار السكوت عند عدم لزوم
البيان لو كان النسب ثابتا نفيا حملا لامره على الصلاح حتى لا يصير تاركا للفرض
ولو قال احدهم ولدي ومات قبل بيانه عتق ثلث كل عبد عند ابي حنيفة رحمه
الله وعندهما يعتق ثلث الاكبر ونصف الاوسط وكل الاصغر وهذا ابتناء على اصل
وهو انه متى تعذر اعمال النسب صار الكلام مجازا عن الاعتاق اصله مسئلة هذا
ابني وقد تعذر اعماله في النسب لان النسب المجهول كدعوة من هو اكبر منه سنا
فكانه قال احدهم حر والحكم فيه هذا وعندهما ينزل العتق على اعتبار العلوق وان امكن
والا يلغوا وبيانه انه لو اراد به الاكبر عتقوا ولو اراد به الاوسط عتق الاوسط

والاصغر

والاصغر ولو اراد به الاصغر عتق الاصغر وحده فالاكبر يعتق في حال ولا يعتق
في حالين فيعتق ثلثه والاوسط يعتق في حالين ويرق في حال واحوال الاصابة
حالة واحدة على رواية الجامع فيعتق نصفه والاصغر يعتق بكل حال لانه ليس له حالة
الحرمان فيعتق كله وعن ابي يوسف رحمه الله في رواية انه جعل احوال الحرمان
حالة واحدة كاحوال الاصابة فاعتق نصف الاكبر ولو كان له عبد وله ابن
ولابنه ابنان ولدا في بطنين وكلهم يصلح ولدا له فقال في صحته لاحدهم هذا
ولدي ومات بلا بيان عتق من كل واحد ربعه عند ابي حنيفة رحمه الله كانه قال
احدهم حر وعندهما يعتق ربع الاول لانه لا يعتق اذا عنى احد الثلاثة الباقين
وثلث الثاني لانه يعتق في حالين اذا عناه او اباه ولا يعتق في حالين وهو ما اذا
عنى الاصغرين غير ان احوال الاصابة حالة واحدة واحوال الحرمان احوال
وثلثة ارباع كل واحد من الاصغرين لان احدهما حر بكل حال والاخر يعتق
في ثلثة احوال ويرق في حالة فيحصل عتق ونصف بينهما ولو كان خمسة بان كان
له عبد وله ابنان ولكل ابن ابن يعتق من كل واحد خمسه عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما خمس الاول وربع كل واحد من ابنيه لانه يعتق في حالين اذا عناه او اباه
او جده والاخر يعتق ان عناه او اباه او جده ويرق ان عنى عمه او ابن عمه واحوال
العتق حالة واحدة فيعتق في حال ويرق في حالين فيعتق ثلثه فصار لهما عتق وثلث
بينهما لكل واحد منهما ثلثاه ولو كان لكل اصغر ابن بان كانوا سبعة بان
كان له عبد وله ابنان ولكل ابن ابن ولكل ابن ابن ابن فقال احدهم ولدي
ثم مات يعتق من كل واحد سبعه كما لو صرح بالاعتاق وعندهما يعتق
سبع الاول ويسعى في ستة اسباع قيمته لانه يعتق في حال ويرق في ستة احوال
وسدس كل واحد من ابنيه لابنه يعتق ان عناه او اباه ويرق في خمسة احوال بان
عنى احد الباقين واحوال الاصابة حالة وخمس كل واحد من ابني ابنيه لانه يعتق
ان عناه او اباه او جده ويرق في اربعة احوال اذا عنى احد الباقين فكانه عتق في حال
ورق في اربعة احوال ويرق في ثلثة احوال ان عنى الاخر او اباه او جده فيعتق منه الربع
لاتحاد احوال الاصابة فحصل عتق وربع بينهما نصفان لكل واحد منهما خمسة
اثمانه رجل مات عن ثلثة بنين وثلاثة الاف درهم فاقتسموها واخذ كل واحد
منهم الفا فادعى رجل على ابيهم ثلثة الاف وصدقه الاكبر في الكل والاوسط في
الالفين والاصغر في الالف اخذ من الاكبر الفه ومن الاوسط خمسة اسداس
الالف ومن الاصغر ثلث الالف وهذا عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد
رحمه الله في الاصغر والاكبر كذلك وفي الاوسط يأخذ الالف لان في زعم
الاصغر ان المدعي ادعى ثلثة الاف الفا بحق والفين بغير حق فاذا اخذ من الاكبر الفا

فقد أخذ ثلث الألف بحق والثلثين بغير حق. والأوسط يقول إن دعوى المدعي
في الألفين بحق وفي الألف بغير حق فإذا أخذ الألف من الأكبر فقد أخذ ثلثيها بحق
وثلثها بغير حق فزعم الأصغر أنه بقي من ثلثا الألف. وزعم الأوسط أنه بقي من
دعواه ألف وثلث فتصادقا على ثلثي الألف فيأخذ من كل واحد نصف ما اتفقا عليه
وذا ثلث الألف فبقي من إقرار الأوسط ثلثا الألف وفي يده ذلك فلم يبق في يده شيء. ولأبي
يوسف رحمه الله أن الكل اتفقوا على ألف فيأخذ المقر له من يد كل واحد منهم ثلث
الألف ومتى أخذ وصل إليه كل ما أقر به الأصغر ثم اتفق الأوسط والأكبر على
ألف آخر فيأخذ من كل واحد منهما نصفه فبقي في يد الأوسط سدس الألف فهو له وفي
يد الأكبر سدس الألف فيأخذ منه لأنه مقر بأن الدين مستغرق فلا إرث له. دار بين
زيد وسعد فأقر زيد أنها بينهما وبين ذر أثلاثا. وأقر سعد أنها بينهما وبين ذر وعمرو
أرباعا. فعند أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لذر أن يأخذ
الربع من سعد ويضم إلى ما في يد زيد فيكون ذلك بينهما نصفين. وعند محمد
رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله يأخذ من سعد خمس ما في يده ويضم
إلى ما في يد زيد ويكون بينهما نصفين. لمحمد رحمه الله أن ذرا وسعدا أقر له جميعا
فمن حجة سعد أن يقول لو كذبني زيد فيك لكان لك مما في يدي سهم ولي سهم
ولعمرو سهم فإذا صدقني زيد فيك خاصة فقد رفع نصف مؤنتك عني فبقي لي سهم
ولعمرو سهم ولك نصف سهم وذا سهمان ونصف فضعفناه إزالة للكسر فصار
خمسة وصار كل الدار عشرة أسهم في يد كل واحد منهما خمسة. فيأخذ ذر سهما
من سعد ويضم إلى ما في يد زيد فصار ستة لكل واحد منهما ثلاثة وبقي في يد كل
واحد أربعة له سهمان ولعمرو سهمان. ولأبي يوسف رحمه الله أن سعدا أقر
أن الدار بين أربعة وذر رابعهم ولو كان كل الدار في يده دفع إليه ربعها
فإذا كان نصفها في يده دفع إليه ربع ما في يده فصار كل الدار ثمانية فيأخذ ذر
سهما من سعد وضم إلى أربعة في يد زيد فصار خمسة وذلك لا يستقيم على اثنين
وبقي في يد سعد ثلاثة لا تستقيم أيضا على اثنين فاضرب اثنين وهو مخرج الكسر
في أصل الحساب وذا ثمانية كل الدار فصار ستة عشر في يد كل واحد ثمانية
فيأخذ ذر ربع ما في يد سعد وهو سهمان ويضم إلى ما في يد زيد فصار عشرة خمسة
لزيد وخمسة لذر وبقي في يد سعد ستة ثلاثة له وثلاثة لعمرو. كيس في يد
رجلين فيه ألف درهم أقر أحدهما لثالث بنصفه وكذبه شريكه فللثالث ثلثا
ما في يده لأنه أقر أن حقه ضعف حقه. ولو قال الكيس بيني وبينك نصفين
فله نصف ما في يده لأنه أقر أنه يساويه في الاستحقاق. ولو قال أحدهما له نصفه
ولي نصفه فقال الآخر له ثلثه ولي ثلثاه وصدق الأول أخذ من الثاني ثلث ما في يده

وضم

وضم إلى الأول وقاسمه نصفين لأنه أقر له بالثلث. وقال محمد رحمه الله يأخذ خمس
ما في يده ويضمه إلى ما في يده ويقتسمانه نصفين لأنه أقر له بالثلث شائعا وصدقه شريكه
تحمل عنه نصفه فانكسر النصف وصار ستة بالتضعيف. وهما فرع مسألة الدار
التي ذكرناها آنفا. ولو ادعى الكل أخذ المقر له من كل واحد ما أقر به عند أبي يوسف
رحمه الله. وعند محمد رحمه الله يأخذ من المقر بالثلث خمس ما في يده ومن الآخر
خمسي ما في يده. كيس في أيدي ثلاثة أقر أحدهم لشريكه بثلاثة الأرباع وله الربع
والآخر أن للمقر له خمسة الأسداس وله السدس والمقر له يدعي الكل أخذ من كل واحد
ما أقر. ووجهه أن يجعل كل ثلث اثنا عشر فجميعه ستة وثلاثون فما في يده مسلم له ويأخذ ‎خذ
ثلاثة أرباع ما في يد أحدهما وهي تسعة. وخمسة أسداس ما في يد الآخر وهي عشرة
وعند محمد رحمه يأخذ من المقر بثلاثة الأرباع خمسي ما في يده ومن الآخر ثلاثة أخماس
ما في يده. ووجهه أن يجعل الكيس على اثنا عشر لحاجتنا إلى الربع والسدس. وفي يد
كل واحد أربعة. فالمقر بثلاثة الأرباع يقول حقي في ثلاثة وحقك في تسعة
إلا أن ثلاثة في يد المقر بخمسة الأسداس قد سلم لك وزيادة. وأيضا سلم لك ما في يدك
وهو أربعة بقي حقك في سهمين وحقي في ثلاثة فيقسم ما في يدي على خمسة لك خمسا
ما في يدي. ويقول الآخر حقك في عشرة من اثنا عشر وقد سلم لك أربعة ما في يدك بقي حقك
في ستة ثلاثة في يد شريكي لأني أقررت لك بخمسة الأسداس شائعا وقضيته أن يكون
لك مما في يد شريكي ثلاثة وثلث إلا أنه لم يصدقني إلا في ثلاثة حيث أقر لك بثلاثة الأرباع
شائعا فيبقى لك ثلاثة ولي سهمان فيقسم ما في يدي بيننا على خمسة لك ثلاثة أخماس
ما في يدي. كيس في يد رجل فيه ألف درهم أقر أن نصفه لفلان ودفع إليه بقضاء
ثم أقر أن نصفه لغيره والباقي بينهما. وقال زفر يدفع إليه كل ما في يده لأنه
يضمن عنده لأن القاضي إنما سلم بإقراره فأضيف إليه. ولنا أنه لا يجوز أن يضمن بالإقرار
لأن الإقرار بمال الغير لا يوجب الضمان ولا بالدفع لأنه فعل القاضي فصار كالتاوي
وإن دفع إليه بغير قضاء فالباقي للثاني لأنه دفعه باختياره فكأنه أتلفه. ولو كان
مكانه إقرار بالوديعة فعند أبي يوسف رحمه الله كذلك. وعند محمد رحمه الله
يضمن بكل حال لأنه مأمور بالحفظ والإقرار تضييع. فإن قال بعد دفعه النصف
بغير قضاء الكيس بيني وبين الأول والثاني أثلاثا فللثاني ثلثا ما في يده. وإن دفع
بقضاء فله نصف ما في يده لأنه أقر أن حقه مثل حقه والمدفوع كالهالك. ولو دفع
النصف إلى الأول بلا قضاء والثلث إلى الثاني بقضاء ثم أقر لآخر أنه شريكهم
بالربع وتكاذبوا أي كذبه الأول والثاني في الثالث وكذبه الثالث بالأولين أخذ
ما في يده وضمن ثلث السدس لأن الثلث الذي دفع إلى الثاني كالتاوي والنصف
الذي دفع إلى الأول بغير قضاء كالقائم في يده لأنه مضمون عليه وفي يده السدس

حقيقة فكان ثلثاه في يده فيقسم الثلثان بينهم أثلاثا فيصيب كل واحد سدس وثلث
سدس فإن صدقه الأول بالثالث وكذبه بالثاني والثاني كذبه بهما أخذ
الثلث نصف ما في يده وضمه إلى ما في يد الأول ويقتسمانه نصفين عند أبي يوسف
رحمه الله لأنه أقر له بالمساواة والمدفوع إلى الأول غير مضمون لتصديقه وكذا الثاني
للقضاء وعند محمد رحمه الله يأخذ الثالث ثلث ما في يده فيضمه إلى ما في يد الأول
ويقتسمانه نصفين لأنه أقر بالربع شايعا وقد تحمل الأول عنه النصف فكان
حق المقر نصف حقه قال لغيره أخذت منك ألفا وديعة وألفا غصبا وهلكت
الوديعة وهذه المغصوبة فالقول لرب المال ويغرم المقر ألفا لأنه أقر بسبب الضمان
وهو الأخذ ثم ادعى ما يبريه فلا يصدق إلا بحجة وهي البينة أو تصديق المدعى عليه
ولو قال أودعتني ألفا وغصبت ألفا والمسألة بحالها فالقول للمقر ولا شيء عليه
لأنه أنكر سبب الضمان ومن أنكر سبب الضمان فالقول له وهذا لأنه أقر بفعل الغير
وهو الإيداع وفعل الغير ليس بسبب للضمان عليه فالمالك يدعي عليه الضمان وهو
منكر فالقول له اكترى دابتين إلى مكانين فساقهما إلى أبعدهما فنفقت
إحداهما واختلفا كما مر فالقول للمالك أن التي نفقت هي التي خالفت فيها لأنه أقر بسبب
الضمان وهو الحمل على دابة الغير فيضمن أقر له بألف معين وديعة أو مضاربة
فقال ليس لي وديعة عندك ولكن لي عليك ألف ثمن بيع أو قرض لا شيء له لأنه
أقر له بعين وهو قد ادعى دينا إلا أن يصدقه المقر له بعد ذلك ولو قال أقرضتكه
بعينه له أن يأخذه لتصادقهما أن الألف المعين كان للمقر له إلا أن المقر له يدعي
التمليك منه بالإقراض والمقر ينكر القرض فيبقى الملك للمقر له كما كان ولو أقر
بألف قرض أو غصب وادعى ثمنا أو بالعكس أو قال ثمن عبد وادعى ثمن أمة
لزمه لاتفاقهما على وجوب الألف وقال زفر رحمه الله لا يلزمه لأنه رد ما
أقر له به فارتد وما ادعى لا يثبت قال لي عليك ألف فقال الحق أو الصدق
أو اليقين أو نكر أي قال حقا أو صدقا أو يقينا أو كرر الحق الحق أو الصدق الصدق
أو اليقين اليقين أو حقا حقا أو صدقا صدقا أو يقينا يقينا أو قرن بها البر بأن
قال البر الحق أو الحق البر إلى آخره فهو إقرار لأنه مما يوصف به الدعوى فصلح
جوابا ويستعمل في التصديق عرفا فكأنه قال ادعيت الحق إلى آخره ولو
قال الحق حق أو الصدق صدق أو اليقين يقين لا يكون إقرارا لأنه كلام
تام بخلاف ما تقدم لأنه لا يصلح ابتداء وكذا لفظ البر مفردا بأن قال البر
أو برا لأنه لا يوصف به الدعوى فكان كأنه قال عليك بالطاعة وأن لا تؤذيني
بالدعوى الباطلة وكذا لفظ الصلاح مفردا أو مقرونا بالحق أو الصدق لا يكون
إقرارا لأنه محكم في أنه لا يصلح جوابا وصفة للخبر فمتى دخل الصلاح جاء الفساد

قال لامته

قال لأمته يا سارقة يا زانية يا مجنونة يا آبقة أو هذه السارقة فعلت كذا
وباعها فوجد المشتري بها هذه العيوب لا ترد بإقراره لأن غير الأخير نداء
وقصد المنادي إعلام المنادى بإحضاره لا تحقيق الوصف الذي ناداه وكذا
لو قال لامرأته يا كافرة لا يفرق بينهما ولا يحرم نسبه بخلاف قوله هذه
سارقة أو هذه السارقة أو هذه زانية أو آبقة أو مجنونة لأنه إخبار وهو لتحقيق
الوصف وبخلاف يا طالق أو هذه المطلقة فعلت كذا أو يا حر لأنه متمكن
من هذه الأشياء شرعا فيجعل كلامه إيجابا ليكون هو صادقا فيما تكلم به وثم
لا يتمكن من إثبات تلك الأوصاف فيها فكان إيذاء وشتما لا تحقيقا ووصفا شهد
رجلان كل واحد لصاحبه بعتق عبده وتبايعا صح وعتق كل واحد على مشتريه
بقيمته لاتفاقهما على الفساد لأن كل واحد منهما يزعم أنه باع مملوكا حرا وكذا لو
تبايعا وأعتق كل واحد ما اشترى ثم أقر بفساد البيع فالعتق ماض وضمن كل
واحد للآخر قيمة ما اشترى وكذا لو شهدا بالتدبير وعتق كل واحد بموت
بايعه لأن حق الحرية ملحق بحقيقتها وضمن كل واحد لصاحبه قيمة ما اشترى لما بينا
ولو شهد كل واحد منهما على الآخر أن ما في يده لفلان وصدقهما فلان ثم تبايعا
جاز ويرد كل واحد ما اشترى إلى المقر له ولا يجب القيمة لأن بيع مال الغير جائز فلم يتفقا
على الفساد ولو شهد كل واحد على صاحبه أنه كاتب مملوكه ثم تبايعا فإن أنكر المملوكان
أو ادعيا ولا بينة لهما وحلفا لبايعهما صح البيع للعجز عن الأداء إلى من وجب الأداء إليه
وجعله من يستوفي بدل الكتابة عن حد الإفادة وإن نكلا أو أثبتاها بالبينة بطل
البيع ولو شهد أحدهما بالتدبير والآخر بالكتابة أو بملكه لغيره فحكم كل ما والاهم
إليه مثله ولا غرم لأحدهما يدعي الجواز والآخر يدعي الفساد فرجح الجواز على الفساد
باع أمة شراء فاسدا وطلب فسخه فأقر المشتري أو برهن أنه باعها أو وهبها من غائب
ثم أودعها إياه لا تقبل لأن حق الاسترداد للبائع جائز ثابت وهو يريد بهذا إخراج
نفسه عن الخصومة فلا يقدر عليه وله أخذها فإن حضر الغائب وصدق المشتري
أخذها من البائع وكذا الوكيل ببيع عبد إذا أقر ببيعه من الغائب وأنكر الآمر
وأراد أخذه فإنه يؤمر برد العبد إلى الموكل فلو حضر الغائب وصدق الوكيل
يؤمر الموكل برد العبد على الذي حضر وكذا الشفيع أي لو اشترى دارا ولها
شفيع فأراد أخذها فقال المشتري بعتها من فلان أو وهبتها أو أودعنيها وأنكر
الشفيع لم يقبل قول المشتري لما مر في البيع الفاسد وكذا مولى المأسور إذا اشترى
مسلم في الملك القديم ليأخذه فقال المشتري وهبته لفلان وقبضه ثم أودعه
عندي وكذبه المالك له أخذه ولو جاء ذلك الغائب وصدق دفع إليه ولا يبطل
حقه بتصديقه بل يأخذ المولى القديم منه إن شاء بقيمته ولو قال المشتري في دفع

من هذا الوصف ع

البايع إذا أراد الاستيلاد بعتها فأعتق المشتري أو دبر أو استولد لا يأخذها لأنه
لو كان صادقًا يبطل حق البايع عنها ولو كان كاذبًا تثبت هذه المعاني من قبله
فتعذر الاسترداد بكل حال فإن صدقه الغايب يسلم له كذلك وإن صدقه
في البيع وأنكر الإعتاق والتدبير والاستيلاد فهي أمته وإن كذبه فيها
يعتق مجانًا في العتق ويموت المقر له في التدبير والاستيلاد لأن المشتري أقر
بتعلق عتقها بموته وإن قال كاتبها المشتري أخذها لأنه لو أنكر الغايب تنفسخ
الكتابة فلم يقر بما يقطع حقه قطعًا فإن أخذها البايع وباعها أو أعتقها أو دبرها
ثم حضر الغايب وصدقه في الكتابة ردت الأمة إليه وبطل تصرفات البايع لأنه
بالتصديق بعد الإقرار السابق فتبين أنها صادفت ملك الغير عبد في يد رجل ادعى
رجل أنه قتل وليه خطأ فأثبت بالبينة ذو اليد أنه وديعة في يده عنده دفع الخصومة
وإن لم تقم بينة يقضي خصمًا وخوطب بالدفع أو الفداء فإن فداه فهو متطوع لا يرجع
على الغايب لصدوره بغير إذنه وإن دفع وحضر الغايب وكذبه فالدفع ماض
وإن صدقه خير لأنه ظهر أنه المالك محجور مأذون فادعى آخر عليه دينًا يحيط برقبته
فقال المولى بعته وهو وديعة لا يلتفت إلى قوله ويقضي بالدين إن أقام البينة ويباع
فلو حضر الغايب وصدقه لا ينقض لأن البيع صدر عن ولاية ولو اختار رب
الدين الاستسعاء له ذلك وللغايب أخذ العبد ادعى المأمور بشراء أمة معينة
بألف شراها بألف وخمسماية وقال الآمر والبايع بألف فالقول للمشتري بعد النقد
ويحلف لأنه يدعي عليه الآمر التملك وهو منكر وقبل نقد الثمن القول للبايع لأن
ولاية التمليك له وليس للمشتري أن يحلف البايع على ما ادعى لأن فايدته النكول ولو أقر
لا يصح لأنها صارت للآمر بتصادقهما بإقراره الأول وله أن يحلف الآمر على العلم
لأنه يدعي عليه ما لو أقر به يلزمه لكنه فعل الغير فإن فعل فهي للآمر بتصادقهما
والثمن عليه وإن نكل فهي للمشتري وأدى ألفًا وخمسماية إلى البايع إن صدقه وكذا
إن ادعى شراها بماية دينار إلا أنه إن نكل الآمر أخذها المشتري مجانًا لأن ما يدعيه
البايع ينكره المشتري وما أقر به لا يدعيه ولو أمر بشراء أخيه بألف فالمسألة
بحالها فالقول للآمر والبايع وعتق فلا يحلف البايع والآمر إن طلب المشتري العبد
وإن طلب قيمته حلف الآمر فإن نكل غرم قيمته للمشتري للاستهلاك والثمن للبايع ودفع
من القيمة قدر الثمن استحسانًا لأنه وإن أدى بغير أمره إلا أنه مجبر عليه وإن لم يسم
ثمنًا فالقول للآمر إن أقر البايع بالاستيفاء لتوافقهما على وقوع العقد للآمر ثم المدعي
ثم المشتري يدعي الزيادة وهو ينكر وعتق العبد لأنه لما لم يكن الثمن مسمى لم يكن مخالفًا
أقر أن هذا العبد كان لفلان ثم برهن أنه اشتراه منه قبل لأن ملكه في الماضي يؤكد
ما ادعاه المشتري ولو قال هذا العبد لك اشتريته منك متصلًا ثم برهن عليه

يقبل

يقبل وقال زفر رحمه الله لا يقبل لأنه أقر بملكه في الحال ثم ادعى الشراء منه قبل
هذا الزمان وهو تناقض قلنا إن هذا إبانة محض فيصح بشرط الوصل وهذا لأن
قوله هذا العبد لفلان حقيقة قيام الملك في الحال ويحتمل أن مراده كان له ولكنه
خلاف الظاهر فلم يقبل منه إلا بحجة وكذا لو قال لا حق لي فيه لا تصح دعوى الشراء
الابتياع بعد إقراره لأن قوله لا حق لي تضمن إبراءه عن الخصومة ولا تقبل البينة
إلا على حادث بعده ولو قال جميع ما في يدي لفلان صح لأنه عام وليس بمجهول
ثم قال إن هذا العبد الذي في يده ملكته بعد الإقرار فالقول له لأنه يحتمل
حدوثه بعد الإقرار ويده ثابتة في الحال فلا تزول يده بالشك شهدا بعتق عبد
فردت لتهمة ثم وكل أحدهما ببيعه فباعه من صاحبه الذي شهد معه صح لأن إقراره
لم يصح في حق المولى وعتق بإقرار المشتري ولا ثمن عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لزعم البايع أنه بري ويضمن الثمن كما لو أبرأه وقال أبو يوسف رحمه الله الثمن
على المشتري بحاله لأن الوكيل لا يملك الإبراء عنده فإن باعه من غيره صح فإن
صدقه قبل نقد الثمن سقط الثمن وضمن الوكيل للآمر عندهما وإن صدقه بعد نقد
الثمن لم يسترد لتعلق الآمر به فلم يعتبر تصديقه فيه وضمن الوكيل للمشتري مثل ما
قبض لأنه أقر أنه قبضه بغير حق ادعى عبدًا في يد ذي اليد أنه ملكه فشهد واحد
أن ذا اليد أقر أنه ملك المدعي وشهد آخر أن ذا اليد أقر أنه اشتراه من المدعي يقبل
ويقضى بالعبد للمدعي لاتفاقهما على الإقرار بالملك له وبه يقع الحكم إذ الإقرار بالشراء إقرار
بالملك له وكذا لو شهد واحد بالاستيام أو بإقرار لأن المدعي وهبه له وشهد آخر
بإقراره أنه تصدق عليه وهو يقول أقر بما قالا يقبل لاتفاقهما على المشهود به وكذا
لو شهد واحد بالإقرار بالشراء بماية دينار وشهد آخر بالإقرار بالشراء بألف درهم
لأنهما أقرا بالملك له وكذا لو شهد واحد بأنه أقر أن المدعي أودعه أو وهب له
وشهد آخر أنه أقر أنه ملكه أو غصب منه أنه يقبل منه لما بينا ولو شهد
أحدهما أنه دفعه إليه لا يقبل لأنه لا يدل على أنه ملك الدافع ولو أقر ذو اليد أنه
كان للمدعي وادعى أنه وهبه فشهد واحد بالهبة وآخر بالصدقة ترد لأن القضا
يقع بالملك بسبب وقد اختلفا فيه ولو شهد واحد بالهبة وآخر بالعمرى أو النحلى
يقبل لاتفاقهما معنى وإن ادعى الشراء منه فشهد واحد أن المدعي أقر أنه باعه
منه وقبض الثمن وشهد آخر أنه أقر أنه باع منه بألف وقبض الثمن يقبل لأن الثمن
غير مقضي به حتى يحتاج إلى البيان لكونه مقبوضًا وإنما المقضي به الملك ولا اختلاف
فيه ولأنه أجمل فيحتمل الموافقة ولو شهد واحد أنه أقر أنه باع بألف درهم وقبض
وشهد آخر أنه أقر أنه باع بماية وقبض لا يقبل لأن البيع بماية غير البيع بألف ولا يحتمل
الموافقة بخلاف الإطلاق تصرف المريض فيما ينتقض كالهبة ونحوها صح في الحال

حتى يثبت الملك للموهوب له لانه يتصرف في خالص ملكه ثم ينقض ان احتيج اليه وفي غيره
كالاعتاق يتوقف • مريض اقر لوارثه بعبد فقال ليس لي بل لفلان وصدقه فلان
ثم مات سلم العبد للاجنبي عندنا خلافا لزفر رحمه الله • له انه كذبه فيه فانه
ثم ادعى عليه مالا لغيره • ولنا انه صدقه في وجوب الالف عليه ثم اقر به لغيره فياخذ
منه ويدفعه اليه وغرم الوارث قيمته ويدفع حظه • وهذا لان تصرف المريض
وقع صحيحا ويثبت الملك له فملكه الاقرار لغيره • فاذا مات المريض وجب نقض اقراره
ووجب على المقر له الاول رد العبد وقد عجز عن رده بملك الاجنبي فيغرم القيمة
ويدفع حصته لانه لا يضمن لنفسه • وكذا لو اقر لوارث اخر سلم العبد للثاني
لانه انما يتلقاه من جهة المقر له الاول لا من جهة المريض ووجب على الاول قيمته وصار
ميراثا وللاول والثاني منها نصيب • ولو كان على الميت دين محيط بماله يغرم كل
القيمة ولا يسقط حصة احد اذ الدين مقدم على الارث • ولو وهب له عبدا فوهبه
الوارث لوارث اخر بعد ما قبضه ثم مات ولا مال له غيره سلم العبد للثاني وغرم الاول
قيمته ويدفع حظه فقط ويرد حصة الثاني اليه • لان من زعم الثاني هنا ان القيمة
واجبة لانه وهبه لي فلزمه رده وقد عجز فعليه قيمته ولي من ذلك نصيب فلزم تسليمه
ولو اقر بعبد الميت له اخذ منه ويكون ميراثا لتصادقهما انه وصل اليه من المريض •
فان مات العبد في يد الثاني فللورثة تضمين الثاني لانه قبض ما لم يكن له • او الاول
لانه اتلف باقراره وايهما ضمن لا يرجع على صاحبه بشيء اما الاول فلانه اقر ان قبض الثاني
كان بحق • واما الثاني فلانه ضمنه بفعل نفسه وهو القبض • ولو قال الثاني العبد
لي ولم ادر ما يقول سلم العبد له وغرم الاول قيمته • لانه اذا اقر للثاني فقد اتلفه ويدفع
حظهما • وان اقر الاول بعد موته او وهب او باع فهو كما لو اقر قبل الموت لفساد
الملك المريض تحقيقا عن ايصال النفع الى وارثه • له دين على وارثه وبه كفيل او بعكسه
اقر بقبضه او احتاله به واطلق او ابراء وارثه او الاجنبي وهو اصيل لغا • اما الاول فظاهر
وكذا الثالث وهو ان يحيل الكفيل المريض على غيره حوالة مطلقة فقبل وانه لا يجوز
لبراءة الوارث وان كانت بشرط براءته لا غير • وان كان وارثا لا يصح وان كان
اجنبيا يصح من الثلث لانه تبرع على الاجنبي وكذا الرابع • واما الخامس فلانه
يتضمن براءة الوارث ولو كان الاجنبي كفيلا صح من ثلثه • لان براءته لا توجب
براءة الاصيل الذي هو وارث • ولو اقر بعد بيعه احدهما اي الاصيل او الكفيل
عنه بطل وان كان من غير جنس دينه • لان هذا في الحقيقة اقرار باستيفا الدين
اما اذا كان من جنس حقه فلرب الدين ظفر بجنس حقه من مال المديون • وكذا
ان كان من خلاف جنسه لجواز ان يموت مجهلا للوديعة فيضمن ويصير قصاصا
بما عليه من الدين • كاتب عبده في مرضه بالف وهو قيمته ولا مال له غيره ثم اقر

بقبض

بقبض كتابته صح من الثلث • لان الاقرار ببدل العتق شبيه فصار كانشاء العتق
وذا يعتبر من الثلث • اقر في مرضه بقبض دين صحته وعليه دين صحة صدق • لانه مسلط
على الاستيفاء كما لو وديعة عنده ليس يصلح قصاصا بان كان مثله جنسا ووصفا
وقسم بين غرمائه • لان اقراره صح في حق الاستيفاء دون اثبات الحق • فان كان
لا يصلح قصاصا كرداءة الوديعة لا يصلح لتعذر اعتبار الاستيفاء له الا اذا اخذ بحقه
شراء او صلحا وفيه وفاء بان كانت قيمته مثل الدين فصدقه غريمه • وان كذبه الغريم
واراد اخذه بطل اقرار المريض ولم يكن للغريم اخذه • ويؤخذ منه الدين الذي عليه لانه
يزعم انه لم يصر مستوفيا وزعمه حجة في حقه • مريض اقر بارش جناية عليه او على عبده
صح • مريضة اقرت باستيفاء مهرها ان كان قبل الطلاق لا يصح لانه اقرار للوارث
وان كان بعد الطلاق والعدة صح لانه صار اجنبيا عنها • ولو كانت في العدة
ودين محيط لا يصح لان النكاح قائم من وجه • وان لم يكن محيطا يقضى الدين او ثم
له اقل من المهر والارث • قالوا هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح في الكل
اصله اذا طلقها بسؤالها ثم اقر لها بدين او اوصى لها • ولو اقر بقبض قيمة عبده من
غاصبه بعد اباقه والغصب والقضا في الصحة صدق • لانه اقر باستيفاء دين الصحة ولو
كانا في المرض لا يصدق لانه دين المرض • ولو كان الغصب في الصحة والقضا
في المرض ولم يعد من اباقه صح • لان الضمان يستند الى وقت الغصب • وان عاد خير
الغاصب بين دفع القيمة او رد العبد • ولو اقر المريض بقبض ثمن عبد باعه في مرضه
بضعف قيمته بان باعه بالفين وقيمته الف لم يصح اقراره ويؤمر المشتري بتسليم الفين
مرة اخرى او رد العبد عند ابي حنيفة رحمه الله • وعند محمد رحمه الله يصح فيما زاد
على القيمة ويخير في القيمة • وان اقر بقبض ثمن عبد باعه في صحته صدق • بخلاف ما لو
قال المريض لرجل بعتك هذا العبد الذي في يدك وقبضت الثمن وصدقه حيث لا
يصدق • لانه ثبت كونه مملوكا له فتعلق حق الغرماء به • الا ان يموت العبد قبل مرض
البايع ثم كان الاقرار في حال المرض فانه لم يبق منه شيء • لانه لما مات قبله لم يتعلق
حق الغرماء به • وان اقر به المريض بشراء دار في يده بالف من ابنه ومن اجنبي وبنوه
ثلثة ولم ينقد الثمن فصدقاه وكذبه الابنان بطل الاقرار والدار بين البنين
على الميراث لكل ابن ثلث واخذ الشفيع نصيب الابن المصدق بثلث الثمن وكان
ثلث الثمن بينه وبين الاجنبي انصافا لتصادقهما على ذلك ويدفع الابن المصدق من
ارثه ان ترك مالا اخر تمام حظ الاجنبي من الدين لان من زعمه ان الدين قائم والدين
مقدم على الارث • وكذا ان نفى الاجنبي شركة الابن بطل اقراره عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله • وعند محمد رحمه الله يصح في حق الاجنبي • وان صدق
الابن المقر له الاجنبي وكذب الابان فقال نعم الاجنبي باع نصف الدار لكني

ما بقي شيئاً فالإقرار باطل عندهما. والأصل أن إقرار المريض بمال مشترك لوارثه
ولأجنبي إذا تكاذبا في الشركة أو كذبه الأجنبي في الشركة لا يصح عندهما لأنه أقر
بمال مشترك بينهما فلم يثبت غير مشترك. وعند محمد رحمه الله يصح للأجنبي لأن
الامتناع يكون بقدر المانع. ولو أقر مريض بمائة درهم لامرأة طلقها بسؤالها سوى مهرها
وقد استوفت مهرها ومات بعد العدة وترك أخاً وصدقتها وأربعين درهماً فلها كله
لأنها صارت أجنبية والدين مقدم على الإرث. وإن مات قبل مضي العدة فلها خمسة
دراهم من الأربعين لأن الربع بينهما والتهمة باقية لبقاء العدة. ولو مات في العدة
عنها وعن أخ وستين درهماً وأوصى بثلثه فللوصية الثلث عشرون ولها عشرة ربع ما
بقي والباقي للأخ. مستقرض ألف باع من مقرضه عبداً بألف مؤجل فحل الأجل في مرض
المستقرض تقع المقاصة لزوال المانع وهو الأجل. فإن مات المستقرض فالمقرض أسوة
غرمائه فيما عليه من الثمن لأن القرض صار مقتضياً في المرض قاضياً بعض ديون الغرماء
مؤثراً له على سائر الغرماء حال استغراق ماله بديون الغرماء. ولو تقدم البيع فالمشتري
أحق بما عليه من الثمن لأن المريض صار مستوفياً دينه وصار المشتري قاضياً ثمن المبيع
والمريض لا يمنع عن اقتضاء دينه. أقرضاه ألفاً ثم وجب له على أحدهما خمسمائة تقع المقاصة
بها وضمن لشريكه لأنه اقتضى شيئاً من الدين المشترك ولو باع عوضه لا لأنه قضى وما اقتضى
أودع مورثه بحضور الشهود فأقر المورث في مرض موته بإتلافه ضمن. لأنه لو لم يعترف
لكان الضمان واجباً بالموت مجهلاً فلا تهمة فيه. ولو أقر بالاستهلاك ثم قال بعده ضاعت
أو رددت لا يقبل قوله للمناقضة. ولو ادعى الهلاك أو الرد أولاً ثم ادعى الاستهلاك لا يضمن
لأنه بريء أولاً فكان الثاني إقراراً للوارث. مكاتب أقر لسيده بألف ولأجنبي بألف قرض
وفي يده ألف فقضى من كتابته وهي ألف ومات ولا مال له غيرها عتق لوجود الشرط
وثلثا الألف للسيد وثلثه للأجنبي لأن الديون استوت فتقسم بالحصص. ولو قضى من
دين سيده فالألف كله للأجنبي لأنه مات عاجزاً فسقط دين المولى. وكذا لو كان
له ولد ولد في كتابته فالأجنبي أحق بالألف. ولو أقرضه أجنبي ألفاً في مرض فأقرضه
سيده ألفاً فقضى ألف القرض ومات سلم لسيده لأن الإقراض إعانة حكماً. فكان كاسترداد
العارية بخلاف الدين. ولو أقر بقبض دين الصحة من سيده وعليه دين الصحة ومات عاجزاً
بطل لأنه لما مات عاجزاً ظهر حق المولى في رقبته وكسبه وصار بمنزلة الوارث. وإن ترك
ألفاً أو أقل سلم للأجنبي لأن دينه أقوى. ولو أقر في مرضه لسيده بقرض ولأجنبي بألف
قرض في بدايته وترك ألفين بدئ بدين الأجنبي لأنه أقر ثم بالكتابة لأن في البداية
بالقرض إبطاله لأنه يموت عاجزاً فيبطل دين المولى. فإن بقي شيء فلسيده إن لم يكن وارثاً
وإن لم يكن وإن كان وارثاً لم يستحق شيئاً من الدين لأن الإقرار للوارث باطل. وكذا
لو أقر لسيده بوديعة مائة دينار في يده فأقر لأجنبي بألف ومات بدئ بدين الأجنبي

لأنه أقوى ثم بدين الكتابة وما بقي منه للمولى. ولو أقرض مكاتبه ألفاً ثم مات وترك ألفاً وولداً
حراً بدئ بالكتابة لأنه لو بدئ بالدين يموت عاجزاً فيبطل الدين. ولو أقر له في مرضه بألف
ولولده بألف وله ولدان حران وترك ألفين فهما للسيد ألف من دينه وألف من المكاتبة
لأنه لما ترك وفاء حكم بحريته فيكون الابن وارثاً فلا يصح الإقرار به. ولو كان
أقل من ألفين بدئ بدين الابن لأنا متى بدأنا بدينه ثم بالمكاتبة يموت عاجزاً
لأنه لا يبقى به. ولو قال لفلان علي ألف بل ألفان وجب عليه ألفان. وقال زفر
رحمه الله ثلاثة آلاف لأنه أقر بألف ثم رجع عنه وأقر بألفين فصح الإقرار ولم يصح الرجوع
ولنا أن معناه بل مع ذلك الألف ألف آخر فهما ألفان. على كرجل يقول سني ستون بل
سبعون. زيد قال غصبنا من بكر ألف درهم وكنا ثلاثة أنفس وهو يدعي أنه
الغاصب للألف لزمه كله. وعند زفر رحمه الله لزمه ثلثه لأنه أضاف الإقرار إلى
نفسه وإلى غيره فلزمه حصته. ولنا أن هذه الصيغة تستعمل للواحد أيضاً. قال الله
تعالى إنا خلقنا. والظاهر أن الإنسان يشتغل ببيان فعله وبيان ما عليه دون فعل
غيره وما على غيره فكان إقراراً على نفسه ظاهراً فلم يصدق في صرفه إلى غيره. ولو قال
ما عندي إرث عن أبي لهذا وهو أخي فأنكر المقر له بنوة المقر وقال أنا ابن الميت
أو قال لرجل ماتت أختك وهي زوجتي وتركت هذا المال ميراثاً بيني وبينك فقال
هو كله لي لأنك لست بزوجها. ففي المسألة الأولى نصف المال للمقر له لأنه ما أقر له إلا
بنصف ما في يده. وعند زفر رحمه الله المال كله للمقر له لأنه ظهر أنه ابن الميت
بتصادقهما ولم يظهر بنوة المقر. وفي المسألة الثانية يأخذ الأخ كل المال عند أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف رحمه الله نصف المال. لأن المال في يد
المقر ولم يقر للأخ إلا بالنصف وهو يدعي الزيادة فلا يستحقها إلا بالحجة. ولهما أن
القرابة سبب الاستحقاق أصلي والزوجية سبب طارئ. فإذا أقر بسبب أصلي وادعى
لنفسه حقاً طارئاً لم يصدق إلا ببينة. فأما في النسب فهما سواء. ولأن الزوجية
تنقطع بالموت فكان هذا إقراراً بسبب منقطع فلا يساوي بينهما. ولو قال غصبت
هذا العبد من ذا أو ذا وكل واحد منهما يدعيه واستحلفاه فحلف لهما ثم أرادا
أن يصطلحا على أن يأخذا العبد ويكون بينهما لهما ذلك عند محمد رحمه الله وهو قول
أبي يوسف رحمه الله أولاً. لأنه إذا أقر لأحدهما فقد ثبت لهما حق الاصطلاح. لأن
أحدهما مالك له واليمين لا تبطل الإقرار فيبقى لهما حق الاصطلاح. وقال أبو يوسف
رحمه الله آخراً لم يكن لهما ذلك لأنهما كانا مخيرين بين الاصطلاح والاستحلاف
ثم لو اصطلحا لم يكن لهما أن يستحلفاه فإذا استحلفا لم يكن لهما أن يصطلحا لأن المخير
بين الأمرين إذا اختار أحدهما كان مبطلاً حقه في الآخر. ولو قال لفلان علي عبد
قضي عليه بقيمة عبد وسط عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أقر بالدين لأن علي تستعمل

في الديون والعبد لا يكون دينا في الذمة الا في نكاح وخلع وصلح عن دم عمد وتزويج
عبد وسط او قيمته • وقال محمد رحمه الله القول قوله في قيمته لانه المجمل • ولو قال
لفلان شرك في هذا فعند ابي يوسف رحمه الله له نصفه لان الشرك لغة في الشركة •
قال • وشاركنا قريشا في تقاها • وفي انسابها شرك العنان • اي شركة
العنان والشركة تقتضي المساواة • وقال محمد رحمه الله للمقر ان يبين ما شاء لانه منهم
ولو قال دفع الي فلان الف درهم او نقد الي الف درهم ولم اقبض لم يصدق
عند ابي يوسف رحمه الله لانه رجوع • اذ الدفع والنقد لا يكون الا بالقبض • وقال محمد
رحمه الله يصدق لانهما يذكران للتخلية مجازا • اقر مريض مرض الموت بالف درهم
بعينه انه لقطة عنده وكذبته الورثة يتصدقوا بثلثه بعد موته • لان حكم اللقطة التعريف
ثم الامساك لمالكها او التصدق • فاذا مات بطل الامر بالتعريف والامساك لانه لا يصح الوصية
بها فبقي الامر بالصدقة وهي تبرع فيصح في الثلث • وقال محمد رحمه الله كلها ميراث
لما لم يصدقوه في ذلك • لان قوله لقطة كقوله ليس لي • ولو قال ذلك لا يبطل الارث
ولا يتصدق بشيء منه كذا هذا • ولو قال له علي الف درهم او على هذا الجدار فعليه الف
درهم عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو كقوله عبدي او حماري حر وقد مر • ولو
قال له الف فيما قد علمت فهو ملزم • ولو قال فيما اعلم لا يكون ملزما • وقال ابو يوسف
رحمه الله هذا والاول سواء لانهما لاثبات العلم • ولهما انه يذكر للشك عرفا بخلاف الاول
لان قد للتاكيد فقد اكد علمه عما اخبر به وكلمة ذلك تاكيد الاقرار لا شكا •
ولو قال له علي الف والا لك لا يلزمه شيء للاول لا للثاني عند ابي يوسف رحمه الله وعند
محمد رحمه الله الالف للاول ولا شيء للثاني لان مثله يذكر للتاكيد يقول ان فعلت
كذا والا فعلي حجة فيكون تاكيدا للاول • وقال ابو يوسف رحمه الله هو كقوله
لفلان او فلان علي الف • لانه يذكر للتخيير في الطلب وللتشكيك في الاخبار •
كقوله اركب هذه الدابة والا هذه الدابة • وانزل ههنا والا ههنا قالت امة لغير ذي
اليد هو دبرني او استولدني او كاتبني وصدقها • وقال ذو اليد بل انت امتي فهي
لذي اليد عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله لانها اقرت بالرق ثم ارادت اخراج نفسها
من ذي اليد عند ابي حنيفة رحمه الله فلا يقبل قولها • وعند ابي يوسف رحمه الله القول
لها لانها ادعت شعبة من شعب العتق وصار كما لو ادعت حرية الاصل • ولو
كان لها ابن فقال انا ابن فلان وامي ام ولده وقال فلان هو ابني وقال ذو اليد انت
عبدي وامك امتي فالقول لذي اليد عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقر بالرق حيث اقر
بانفصاله من الامة فكان اقرارا انه لا يد له • وقالا القول للغلام لانه ادعى انه انعلق حرا
واذا اقر الرجل بمائة درهم او اقل او اكثر فعليه المالان عند ابي حنيفة رحمه الله
لانهما اقراران مختلفان • فكان الثاني غير الاول لان المنكر اذا اعيد منكرا فالثاني
غير الاول

غير الاول • وقالا عليه مال واحد • لان الاخبار عن شيء ثابت والشيء يخبر عنه مرة بعد اخرى
فكان الثاني هو الاول بدلالة العادة كما لو اتحد المجلس • وكما لو اشهد على كل اقرار
شاهدا واحدا • قلنا المجلس الواحد دلالة الاتحاد لانه يجمع الكلمات • واذا تواضع رجلان
في السر بحضرة الشهود على ان يتبايعا تلجئة بشيء يخاف البايع ان يغصب منه ثم قال
البايع في مجلس اخر بعتك بالف وقال الاخر قبلت صح البيع عند ابي حنيفة رحمه الله
الا ان يتفقا بالبنا على المواضعة فحينئذ يفسد العقد فاسدا غير موجب للملك
وان اتصل به القبض • وهذه المسئلة على اربعة اوجه • اما ان يتفقا على الاعراض او على
البنا او على ان لا يحضرهما شيء او يختلفا بان يدعي احدهما البنا والاخر الاعراض فعند
ابي حنيفة رحمه الله يجوز في الكل الا ان يتفقا على البنا • وعندهما يفسد في الكل الا ان
يتفقا على الاعراض • والاصل انه حصل صحة الايجاب اولى لان العقد في الظاهر جد
وهما اعتبرا العادة وهي تحقيق المواضعة ما امكن • واذا تواضعا في السر على البيع بالف
وعقدا علانية بالفين على ان الزيادة سمعة وتصادقا على ذلك فالثمن الفان عنده وعندهما
الف لما مر • والله اعلم

كتاب الصلح

هو اسم لمعنى المصالحة
وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال • وفي الشرع عبارة عن عقد
يرفع النزاع • وركنه الايجاب والقبول • وشرطه ان يكون البدل اي المصالح عليه
مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته • فان من ادعى حقا في دار وادعى
المدعى عليه قبله حقا في حانوته فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه
صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه • لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة
وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير • وعرف
بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع • وقوله عليه السلام
الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا او احل حراما • وانعقد الاجماع على جوازه
ولانه سبب لدفع التنازع المحظور • قال الله تعالى ولا تنازعوا فكان مشروعا
وهو على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر
وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لما بينا • وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الثاني والثالث
لاستثنائه في الحديث وهذا بهذه الصفة • لان المدعي ان كان محقا كان اخذ المال حلالا
له قبل الصلح وحرم بالصلح • وان كان مبطلا فقد اخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه
قبل الصلح وحل بالصلح • وهذا بخلاف الصلح على الاقرار • لان بدل الصلح ما كان حراما
على الاخذ وان كان من خلاف جنس حقه بناء على اصله ان رب الدين اذا ظفر على مال
المديون له ان ياخذ وان كان خلاف جنس حقه • ولنا اطلاق ما تلوناه اول كلام
مستقل بذاته فلا يبطل بسببه وهو محلى بالالف واللام فينصرف الى الجنس • فان قلت
ينبغي ان ينصرف الى المعهود والسابق • لان المنكر اذا اعيد كان الثاني عين الاول

قلت هو مخرج مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال الصلح جائز لأن الصلح خير والعلة
لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل أينما وجدت العلة يتبعها حكمها وهذا لأنه لو حمل
على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه وكان حمله
على الجنس يدخل فيه المعهود وغيره أحق وأول ما رويناه بعمومه يتناول الصلح على الإقرار
والإنكار والسكوت فالتقييد بحالة الإقرار يكون زيادة على النص وتأويل الحرام يحل
حراما لعينه مثل أن يصالح على خمر أو خنزير أو يحرم حلالا لعينه مثل أن يصالح إحدى
امرأتيه على أن لا يطأ الأخرى أو يصالح امرأته على أن لا يطأ أمته وهذا النوع من الصلح
باطل عندنا وحمله على هذا أحق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق
ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل إذ الصلح مع الإقرار لا يخلو عن ذلك والصلح
يقع على بعض الحق في العادة فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه
قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح فيجوز لأن المدعي
يأخذ عوضا عن حقه الثابت في زعمه وهو مشروع والمدعى عليه يعطيه قطعا للمنازعة عنه
صيانة لعرضه وبذل المال لمثل هذا الغرض مشروع لأن المال خلق لصيانة الأنفس عن
المهالك والمفاسد وإذا جاز الإعطاء والأخذ بناء على عرضيهما والصلح ليس إلا هذا فكان
صحيحا فإن قيل المدعى عليه إنما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعي عن نفسه
والمدعي إنما يأخذه ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته ظلم منه شرعا
وأخذ المال ليكف عن الظلم رشوة وهو حرام لقوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي
والرائش قلنا دفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز وإنما حرم أن لو دفع الرشوة ليظلم
غيره على أنه إنما يكون رشوة إذا أخذ الآخذ بالجهة التي يدفعه الدافع إليه وهو
يأخذه بجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة والأصل أن الصلح يجب حمله على أقرب
العقود إليه فإن وقع الصلح عن مال بمنفعة يعتبر إجارة لوجود معناها وهو تمليك
المنفعة بعوض والعبرة في العقود للمعاني فيشترط التوقيت فيها وتبطل بلا توقيت
وبهلاك أحدهما أو محل المنفعة حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها على سكنى دار أو خدمة عبد
سنة أو ركوب هذه الدابة إلى بغداد أو لبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعي أو المدعى عليه
أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رحمه الله فيعود إلى
إلى رأس الدعوى ولو كان بعد استيفاء بعضها بطل بقدر ما بقي ويرجع في دعواه لأنه
إجارة وهي تبطل بكل واحد من هذه الأشياء وقال أبو يوسف رحمه الله إن مات المدعى
عليه لا يبطل الصلح والمدعي يستوفيه وإن مات المدعي فكذلك في خدمة العبد
وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لأن الصلح
لقطع المنازعة وفي إبطال الصلح بموت أحدهما إعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون
في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيفوت

المعقود عليه فيبطل ضرورة فإن قيل العبد أجنبي أو المدعي يبطل الصلح كما تبطل
الإجارة عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يبطل ويؤخذ من القاتل قيمته
ويشتري بها عبدا آخر ثم المدعي إن شاء يخدم منه وإن شاء نقض الصلح لأنه
فات وأخلف بدلا والتخيير للتغيير ولو قتله المدعى عليه أو مات بطل بالإجماع
ولو استخدمه المالك لم يجز عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز في
وإن وقع عن مال بمال بإقرار يعتبر بيعا لوجود معناه وهي مبادلة المال بالمال بالتراضي
فتجري فيه الشفعة ويرد بخيار العيب والرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل
إذا كان يحتاج إلى قبضه لأن جهالته تفضي إلى النزاع فلا بد من إعلامه على وجه لم يبق
فيه منازعة بينهما دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل
فإذا كان الصلح عن إقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع على المدعى عليه بحصة ذلك
من العوض ولو استحق المصالح عليه بإقرار رجع بكل المصالح عنه ولو استحق البعض
رجع بحصته لأنه مبادلة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا والصلح عن السكوت
والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى البيع
لأن المال واجب عنده فكل واحد يؤاخذ بزعمه ويجوز أن يختلف حكم التصرف في الواحد
بالنسبة إلى الشخصين فالإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما ومن
اشترى عبدا أقر بحريته فما يعطي من الثمن بدل ملك الرقبة في حق البائع وهو فداء
في حق المشتري حتى يعتق العبد وهذا في الإنكار واضح وكذا في السكوت لأنه يحتمل
الإقرار والجحود على التقدير الأول يكون عوضا وعلى الثاني لا فلا يكون عوضا بالشك فإن
صالح عن دار بإنكار أو سكوت لم تجب فيها الشفعة لأنه يزعم أنه يستبقي الدار المملوك
على نفسه بهذا الصلح ويدفع المال لقطع خصومة المدعي عن نفسه لا أنه يشتريها وزعم
المدعي لا يلزمه وإذا صالح عنها بإقرار تجب لأنه اعترف بالملك للمدعي وإنما استفاده
بالصلح فكانت مبادلة مالية ولو صالح عليها بإنكار أو سكوت أو إقرار تجب الشفعة في
جميع ذلك لأن المدعي يأخذها عوضا عن حقه في زعمه فيعامل بزعمه ولو وقع
الصلح عن إنكار أو سكوت فاستحق المتنازع فيه رد المدعي بدل الصلح على المدعى عليه
ويخاصم المدعي مع المستحق لأن ما أخذه عوض في زعم المدعي وبالاستحقاق فات
المعوض فيلزمه رد العوض وهذا لأن المدعي يزعم أنه باع الدار منه بما أخذ من البدل
فإذا استحق الدار فقد استحق المبيع في زعم المدعي واستحقاق المبيع يثبت للمشتري
ولاية الرجوع على البائع بالعوض والمدعى عليه يزعم أن ما أعطاه فداء عن اليمين ودفعا
لخصومته وبالاستحقاق ظهر أنه لا يمين عليه ولا خصومة معه فبقي العوض في يده
غير مشتمل على عرضه فيسترده وإن استحق بعضه رد حصته ورجع المدعي بالخصومة
في ذلك القدر لأنه لو استحق كله يرد جميع العوض فإذا استحق بعضه رد حصته اعتبارا

للبعض لانه لو استحق عينا كله يرد جميع العوض فاذا استحق بعضه يعتبر بالكل • وان كان
الصلح عن انكار واستحق البدل رجع الى الدعوى في كله او بقدره المستحق اذا استحق بعض
البدل • لان المبدل في الصلح عن الانكار هو الدعوى فاذا استحق البدل رجع هو بالمبدل
وهو الدعوى • وهذا بخلاف ما اذا باع المنكر شيئا منه بالمدعى واستحق ذلك المبيع فانه
يرجع بالمدعى لا الى الدعوى • لان الاقدام على البيع منه بالمدعي اقرار منه بكون المدعى حقا
له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع خصومة المدعي • ولو هلك بدل الصلح قبل
التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في فصلي الاقرار والانكار • وان ادعى
حقا في دار لم يسمه اي حقا مجهولا فصالح على دراهم ودفعها اليه ثم استحق بعض الدار
لم يرد شيئا من العوض فلعل دعواه فيما بقي دون ما استحق وهذا الصلح مبني على زعم
المدعي وهو يتمكن من ان يقول انما كان حقي ما بقي • ولو استحق كل الدار من يد
المدعى عليه له ان يرجع بدراهمه لوجود الاستحقاق على المدعي بيقين • ولان هذا الصلح
مبني على زعم المدعي وفي زعم المدعي انه اخذ الدراهم عوضا عن الدار فاذا استحقت
كان عليه رد المقبوض من الباقي من البدل كالمبيع اذا استحق وقد مر في البيوع • فان
قيل ينبغي لا يصح الصلح • لان من الحقوق ما لا يصح الصلح عنه كحق الشفعة • قلنا اقدامه
على الصلح مشعر بانه يدعي حقا في عين الدار اذ الصلح عن حق الشفعة لا يجوز والدار دار
الاسلام واشتهار الاحكام • فكان عالما بان الصلح عن الشفعة باطل وقد اقدم على الصلح
فتبين ان ذلك الحق هو حق يصح الصلح عنه • ولو ادعى دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح
الصلح وهو على دعواه في الباقي • لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان استيفاء
لبعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على الاعيان بل هو مخصوص بالديون
والحيلة في جوازه ان يزيد على بدل الصلح درهما ليكون مستوفيا بعض حقه
آخذا للعوض عن البعض او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي لان الابراء عن
دعوى العين جائز • فصل الصلح جائز عن دعوى المال لانه في معنى البيع
فما جاز بيعه جاز صلحه والمنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار
فجحد واقر به فصالحه الوارث على شيء جاز • لانه اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا
بالصلح • وعن جناية وهذا اللفظ يتناول العمد والخطا والنفس وما دونها • اما
العمد فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء اي من اعطي له من دم اخيه شيء وذلك
بطريق الصلح كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما • وبدل الصلح في دم العمد جار
مجرى المهر • فكل جهالة تحملت في المهر تتحمل هنا وما يمنع صحة القسمة يمنع
وجوبه في الصلح لتشاكلهما من حيث ان المال يجب فيهما ابتداء لا في مقابلة مال
وعند فساد التسمية يسقط القود ويجب بدل النفس وهو الدية • نحو ان يصالح
عن ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا تزوجها

على خمر يجب مهر المثل فلو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شيء • لان وجوب المهر في
النكاح من ضرورات العقد لانه لم يشرع الا بالمال • فاذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية اصلا
وصار كانه تزوجها ولم يسم مهرا • وثم يجب مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليس
من ضرورات الصلح • فانه لو عفى ولم يسم مالا لا يجب شيء • ولو صالح الشفيع من الشفعة
التي وجبت له على شيء على ان يسلم المالك الدار للمشتري بطل الصلح وتبطل الشفعة لانه
يبطل بالاعراض والسكوت فرق بينه وبين الصلح عن دم العمد • والثابت في الموضعين
واحد • اذ الثابت للشفيع حق ان يتملك وقبل التملك لا حق في المحل وكذا الثابت في القصاص
حق ان يقيم القتل وقبل ان يقيم القتل لا يظهر حق في المحل • ووجه الفرق ان حق
الشفعة حق ان يتملك محلا هو مملوك للغير • وقبل التملك لا حق في المحل بوجه ما •
فكان صلحا لا عن حق ثابت فلا يصح • فاما في باب القصاص والمحل صار مملوكا
في حق اقامة الفعل حتى اذا دفع الفعل اتصف بكونه حقا فيصح الاعتياض عنه • ولا
يقال اذا قطع يمين انسان ثم قطع يمين آخر يجب القصاص للثاني • لان المحل اذا
صار مستحقا لشخص لا يصير مستحقا لشخص آخر من بعد لانا نقول بان المحل صار
مملوكا له على الاطلاق • وانما صار مملوكا له في حق الفعل الذي يقيمه فقط
وظهور الحق في المحل في حق فعله لا ينفي ظهور الحق في حق فعل آخر • فالكفالة بالنفس
بمنزلة حق الشفعة • حتى اذا صالح على مال على ان يبرئه من الكفالة فالمال باطل واختلفت
الرواية في بطلان الكفالة ففي رواية تبطل • لان الاقدام على الصلح يتضمن البراءة عن
الكفالة والسقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا يعود وفي رواية لا يبطل لان
الكفالة بالنفس وسيلة الى المال فاخذت حكمه من هذا الوجه • واذا رضي بسقوط حقه
بعوض لم يسقط مجانا • واما الخطا فلانه موجبه المال والصلح عن المال جائز فصار كالبيع
فان صالح وليه على مائة بعير او مائتي بقرة او الفي شاة او مائتي حلة او الف دينار او عشرة
آلاف درهم صح وصار استيفاء لعين الحق • وان صالح على اكثر من قدر الدية
لا يصح لانه زاد على القدر المشروع فردت الزيادة • بخلاف الصلح عن القصاص فانه يجوز
وان زاد بدل الصلح على قدر الدية • لان الواجب هو القصاص وهو ليس بمال فكان
التقويم بالعقد فيتقوم بقدر ما اوجبه الصلح قل ام كثر • وبخلاف ما اذا صالح على
اقل من ذلك لانه اسقاط لبعض الحق فكان جائزا • وهذا اذا صالح على احد مقادير
الدية • فان صالح على غيرها صح لانه مبادلة بها الا انما نشترط القبض في المجلس ليخرج
من ان يكون دينا بدين • ولو قضى القاضي بمائة من الابل فصالحه على اكثر من مائتي
بقرة صح • لان القاضي عين الوجوب في الابل فخرج غيره من ان يكون واجبا فكان
ما يعطي عوضا عن الواجب فيصح اذا كان بدا بيد بخلاف الصلح ابتداء • لان
تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تصح الزيادة على ما تعين شرعا

ولا يصح عن دعوى حد حتى لو اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر فصالحه على مال على ان لا
يرفعه الى السلطان فهو باطل ويرد ما اخذ لانه حق الله تعالى لا حق العبد ولا الاعتياض
عن حق الغير لا يصح ولهذا قلنا اذا ادعت المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت انه
ابنه منها وجحد الرجل فصالح من النسب على شيء فالصلح باطل لان النسب يثبت حقا
للولد لاحتياجه اليه لا حقا لها فلا تملك الاعتياض لاسقاطه. وكذا لو كان لرجل ظلة
او كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل واراد طرحه فصالحه على مال فالصلح باطل
لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد وانما يكون
لكل واحد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة. بخلاف ما لو كان على طريق
غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوكة لاهلها
ويندرج تحته حد القذف حتى لو قذف رجلا فصالحه على مال على ان يعفو عنه فهو باطل
لان المغلب فيه حق الله تعالى فلا يصح الاعتياض عنه. ويصح عن دعوى نكاح وكان خلعا
وهذا على وجهين احدهما ان يدعي رجل على المراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال حتى
يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لان الصلح يجب اعتباره باقرب العقود اليه
احتيالا لتصحيحه لما لم يكن عقدا براسه واخذ المال عن ترك البضع هو الخلع فصار في حق
المدعي بمعنى الخلع بناء على زعمه. وفي حقها بذل المال لدفع الشغب والخصومة وتخليص
النفس عن الوطء الحرام قالوا ولا يحل له اخذ البدل فيما بينه وبين ربه اذا كان مبطلا
في دعواه. والثاني ان تدعي امراة نكاحا على رجل فصالحها على مال جاز لانه يجعل كانه
زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فسقط الاصل دون الزيادة هكذا
ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز لانه اذا بذل لها المال لتترك الدعوى
فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض في الفرقة من جانب الزوج اذ لا يسلم له شيء
من هذه الفرقة وانما المراة هي التي يسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج. وان لم يجعل
فرقة فالحال على ما كانت عليه قبل الدعوى وتكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذته
عوضا عن شيء فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده. ويصح
عن دعوى رق اي اذا ادعى على مجهول انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال اعطاه جاز
ويجعل في حق المدعى عليه بذلا للمال لدفع الخصومة وتخليص النفس عن المدعي وفي حق
المدعي كانه اعتقه على مال. ولهذا لو صالحه على حيوان في الذمة الى اجل جاز لان في زعم
المدعي انه بدل عن العتق فنزل منزلة الكتابة فيصح على حيوان في الذمة الا انه لا ولاء
للمدعي لانكار المدعى عليه الا ان يقيم المدعي بعد ذلك بينة فتقبل بينته على اثبات الولاء
ويثبت الولاء. ولو قتل عبد المأذون رجلا عمدا فصالح العبد المأذون عن عبده
جاز. ولو قتل العبد المأذون رجلا عمدا فصالح من نفسه لا يجوز. والفرق
ان العبد المأذون مأذون في التصرف في مال التجارة والعبد الذي من كسبه مال التجارة

فيملك

فيملك التصرف فيه وبالقتل صار كالمستحق فاذا صالح صار كانه اشتراه. اما العبد
المأذون نفسه فليس من مال التجارة ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا
بمال المولى الا ترى انه لا يكون مأذونا في رقبته وانما عليه زكوة الفطر فصار التصرف
في رقبته الى سيده لا اليه. ومن غصب ثوبا او عبدا قيمته عشرة واستهلكه فصالحه
منه على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رحمه الله. وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله ويلزمه رد الزيادة لان الواجب باتلاف
الثوب او العبد القيمة وهي مقدرة من النقود شرعا فتصير الزيادة عليها ربا لعدم ما يقابلها
كما لو وجبت الدراهم بسبب البيع ثم صالحه زيادة على ما وجب. بخلاف ما لو صالحه على عرض
لان الفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيجوز ولا يلزم الغبن اليسير لانه مما يدخل تحت
التقويم فلم يظهر الفضل. وله ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه
ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة بدليل انه لو اختار ترك التضمين بقي العبد هالكا على ملكه
حتى يكون الكفن عليه. ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان مملوكا له. ولو كان نصب
شبكة فتعقل بها صيد بعد موته يكون للمغصوب منه. وانما يملك الكسب بملك الاصل
وحقه في المثل صورة ومعنى اذ الواجب ضمان العدوان وهو مقيد بالمثل نطق به النص
وايجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية. وانما ينتقل الحق منه او من
المثل صورة ومعنى الى القيمة بقضاء القاضي. فعليه اذا تراضيا على الاكثر كان بدل الصلح
عوضا عن ملكه او عن المثل صورة ومعنى لا يتحقق الربا كما لو كان العبد او الثوب
قائما. بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالحه على اكثر من القيمة عن القيمة لان الحق
قد انتقل بالقضاء الى القيمة. وبخلاف ما اذا كان العبد بين رجلين فاعتقه احدهما وهو
موسر فصالحه الآخر مع المعتق على الاكثر من قيمة نصيبه فالفضل باطل اتفاقا لان
القيمة في العتق منصوص عليها. قال عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك
بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه. وتقدير الشارع لا يكون دون تقدير القاضي
فلا تجوز الزيادة عليه. بخلاف ما مر لانها غير منصوص عليها. فلم تقم فيها دلالة التقدير
فان قيل لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل لا يجوز. ولو كان ما يقع
عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد يكون ثمنا
وبمقابلة القيمة يكون مبيعا. قلنا انما لا يجوز لان العبد المستهلك لا يوقف على اثره وما
لا يوقف على اثره يكون في حكم الدين والدين بالدين حرام. فلهذا لم يجز الصلح على طعام
معين مؤجل لان الطعام بدل عن القيمة. ولهذا لو صالحه على طعام موصوف في
الذمة حالا وقبضه في المجلس جاز. ولو كان بدلا عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس
عند الانسان

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح صح ولزم البدل الموكل ولا يلزم الوكيل

وهذا إذا كان الصلح عن دراهم على بعض ما يدعيه من الدين لأنه إسقاط محض فكان
الوكيل فيه سفيرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح إلا أن يضمن الوكيل بدل الصلح
لأنه حينئذ يكون مؤاخذا بالضمان لا بالصلح. أما إذا وكله بالصلح عن مال بمال فهو بمنزلة
البيع فيكون المطالب بالمال الوكيل دون الموكل لأن الحقوق فيه ترجع إلى الوكيل
وإن صالح عنه رجل بغير أمره فهو على وجوه إن صالح بمال وضمنه تم الصلح لأن الحاصل
للمدعى عليه البراءة والساقط يتلاشى ويضمحل فاستوى الفضولي والمدعى عليه فيه وصلح
أن يكون أصيلا في الضمان إذا أضاف الضمان إلى نفسه كالزوج إذا خالع امرأته مع رجل أجنبي
وضمن ذلك الأجنبي فإن بدل الخلع يكون عليه فكان أصيلا في الضمان ويصير متبرعا
على المدعى عليه بإسقاط الخصومة عنه كما لو تبرع بقضاء الدين عنه بخلاف ما لو كان
بأمره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وإنما هو الذي في يد المدعى لأن تصحيح الصلح
بطريق الإسقاط والمسقط يكون متلاشيا فلا يثبت له شيء ولا فرق بين أن يكون
المدعى عليه مقرا أو منكرا لأنه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار كما لو تبرع
بقضاء الدين بخلاف ما لو كان المدعى عينا والمدعى عليه مقرا فإنه يصير مشتريا
لنفسه إن كان بغير أمره لأن العين يصح شراؤه من المالك وإن كان في يد غيره
وأما شراء الدين من صاحبه لا يجوز لأنه يصير تمليك الدين من غير من عليه الدين
وكذا إن أضاف الصلح إلى ماله بأن قال صالحتك على ألفي هذا أو عبدي هذا فالعقد
واقع مع الفضولي وتم ولزمه تسليم المال إليه لأنه إذا أضاف بدل الصلح إلى مال نفسه
فقد التزم التسليم من ماله فتم العقد بقبوله وكذا إن أطلق بأن قال على ألف ونقد لأن
التسليم إلى المدعي يقتضي سلامة العوض للمدعي فإذا سلم له العوض وهو مقصوده من هذا
العقد صح العقد ولو قال صالحتك على ألف فالصلح موقوف فإن أجاز المدعى عليه
صح ولزمه الألف وإن رده بطل لأن الأصل في العقد المدعى عليه لأن النفع وهو دفع
الخصومة يحصل له وإنما يصير الفضولي أصيلا في هذا العقد إذا أضاف الضمان إلى نفسه
فإذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على إجازته وقيل ينفذ على المصالح
كما لو قال صالحني ولو قال صالحتك على هذا الألف أو على هذا العبد ولم ينسبه إلى
نفسه تم بقبوله لأنه إذا عينه للتسليم فقد شرط له سلامة العوض فصار العقد
تاما بقبوله ولو استحق هذا العبد أو وجد به عيبا فرده أو وجده حرا أو مدبرا أو مكاتبا
فلا سبيل له على المصالح ولكن يرجع في دعواه لأن المصالح لم يضمن للمدعي شيئا وإنما التزم
الإيفاء من محل بعينه فإذا سلم ذلك المحل له تم الصلح وإن استحق لم يرجع عليه بشيء
لأنه لم يلتزم شيئا سوى ما عين ولو صالحه على دراهم مسماة وضمنها له ودفعها إليه
فاستحقت أو وجدها زيوفا أو ستوقة فله أن يرجع على الذي صالحه دون المطلوب
لأن المصالح التزم المال بالعقد وصار دينا في ذمته حيث ضمنه ولهذا لو امتنع عن

التسليم

التسليم يجبر عليه وبالرد وبهذه الأسباب انتقض القبض لا أصل العقد فيعود الحكم الذي
كان قبل القبض وهو المطالبة بتسليم الجياد بسبب التزامه

باب الصلح في الدين

كل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه
استوفى بعض حقه وأسقط باقيه أي إذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعي
على المدعى عليه بعقد مداينة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه وإسقاطا
للحق لا معاوضة حتى إذا كان له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة أو كان
له على آخر ألف جياد من ثمن جارية فصالح على خمسمائة زيوف فإنه يجوز وكأنه أبرأه
عن بعض حقه وهذا لأن تصرف العاقل البالغ يصحح ما أمكن ولا يمكن تصحيحه
معاوضة لما فيه من الربو فجعل إسقاطا للبعض في المسألة الأولى وللبعض والصفة
في المسألة الثانية لأن عين هذه الخمسمائة كانت مستحقة بذلك العقد الذي يدعي
الدين عليه ولو صالحه على ألف مؤجل جاز وهو تأخير لأنه يمكن جعله معاوضة
لأن بيع الدراهم بالدراهم نسيئة لا يجوز فلا بد من حمله على التأخير ولو كان
عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو إلى شهر صح الصلح ويعتبر
حطا للدنانير كلها وبعض الدراهم وتأجيلا للبعض لا معاوضة لأن معنى الإسقاط
ألزم في الصلح فإذا أمكن أن يجعل حطا وإسقاطا لم يعتبر معاوضة فإن صالح عن ألف
درهم وعشرة دنانير على ألف درهم وعشرة دراهم على أن ينقد خمسمائة والباقي إلى
أجل ثم نقد خمسمائة في المجلس صح عند أبي يوسف رحمه الله لأن المقبوض يجعل من الصرف
وغيره وعند محمد رحمه الله لا يصح لأن العقد في الدنانير صرف فقد صار النقد جملة
شرطا في الصرف فأفسده ولو صالحه عن ألف على دنانير مؤجلة إلى شهر بطل لأن الدنانير
هم غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على تأخير حقه فيحمل على المعاوضة وبيع الدراهم
بالدنانير نسيئا لا يصح فلهذا بطل الصلح ولو كان له ألف مؤجل فصالحه على نصفه
حالا بطل لأن المؤجل غير مستحق بعقد المداينة إذ المستحق بالعقد هو المؤجل والمعجل خير
منه نقدا وقع الصلح على ما لم يكن مستحقا بعقد المداينة فصار معاوضة والأجل كان
حق المديون وقد تركه بإزاء ما حط عنه من الدين فكان اعتياضا من الأجل وهو حرام
ألا ترى أن ربا النساء حرم لشبهة مبادلة المال بالأجل فلأن تحرم حقيقته أولى وإن صالح
عن ألف سود على خمسمائة بيض بطل لأن البيض غير مستحقة بعقد المداينة لأن من له
السود لا يستحق البيض فقد صالح على ما لا يستحق بعقد المداينة فكان معاوضة الألف
بخمسمائة وزيادة فقد صالح على ما لا وصف الجودة فكان ربا بخلاف ما لو صالح
على قدر الدين وهو أجود لأنه مبادلة المثل بالمثل والجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية
بالنص إلا أنه يشترط القبض في المجلس لأنه صرف ولو ادعى شاة فصالحه على صوفها على أن
يجز الآن بطل لأنه لا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز

لأنه صالح على أخذ بعض حقه وترك بعضه وهو معلوم ظاهر. بخلاف اللبن والولد لأنه
باطن. ولو صالحه على صوف على ظهر شاة أخرى لم يجز لأنه ليس ببعض حقه. ولو اشترى
طعاما فوجد به عيبا فصالحه على أن زاده طعاما من غير جنس الطعام الأول إلى أجل
وكان ثمن الكل غير منقود فتفرقا في المجلس بطل عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما
لأن بعض الثمن صار بمقابلة الطعام الأول وبعضها بالثاني وهو مؤجل في حكم
السلم وإعلام قدر رأس المال شرط عنده خلافا لهما. ومن له على آخر ألف فقال أد
إلي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فإن لم يدفع إليه خمسمائة
غدا عاد الألف عليه عند أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف لا يعود عليه. لأن
الإبراء حصل مطلقا فيثبت البراءة مطلقا كما لو بدأ بالإبراء وهذا لأنه لم يذكر
لأن الإبراء حصل مطلقا فيثبت البراءة مطلقا كما لو بدأ بالإبراء وهذا لأنه لم يذكر الإبراء عوضا
سوى النقد في الغد. والنقد في الغد لا يصلح عوضا عن الإبراء لأنه كان واجبا عليه للطالب
قبل الصلح بحكم المداينة وما يكون واجبا للطالب قبل الصلح لا يصلح عوضا في الصلح وإذا
لم يصلح عوضا صار ذكره والعدم سواء فكان الإبراء حاصلا مطلقا فلا يعود بعدم
النقد. ولهما أن الإبراء تقيد بشرط مرغوب فيتعلق بسلامته ويفوت بفواته كما لو
أبرأه بشرط أن يعطيه بالباقي رهنا أو كفيلا فلم يعطه فإن المال عليه كذا ههنا وهذا
لأنه بدأ بتعجيل خمسمائة وأداها غدا فلعل غرضه في ذلك خوفا من إفلاسه. لأن
الإنسان قد يحتاج إلى الأموال في بعض الأوقات لتجارة رابحة أو غيرها فيحط بعض
الدين ليتسارع المديون إلى إيفاء الباقي. وقوله على أنك بريء خرج مخرج الأعواض ولكنه
لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط عند تعذر الحمل على المعاوضة. لأن على تجيء للشرط قال
الله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا فلم يصر الإبراء مطلقا بالشك. وهذا هو المتعارف
بين الناس تفاديا عن المماطلة. والإبراء يتقيد بالشرط وإن لم يتعلق به كالحوالة فإنها تتقيد
بشرط السلامة. حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل. والجواب عن البداية
بالإبراء يأتي في الوجه الثالث. وهذه المسألة على وجوه. أحدها ما بينا. والثاني أن يقول
صالحتك من الألف على خمسمائة تدفعها إلي غدا وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها
غدا فالألف عليك على حاله. فإن نقد خمسمائة غدا بقي الإبراء ماضيا وإن لم ينقد بطل الإبراء
بالإجماع لأنه أتى بصريح التقييد فإذا لم يوجد بطل. والثالث أن يقول أبرأتك من
خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غدا وههنا الإبراء واقع أعطى خمسمائة غدا
أو لم يعط. لأنه أطلق الإبراء. وأداء خمسمائة غدا لا يصلح عوضا ولكنه يصلح شرطا
فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد. بخلاف ما إذا بدأ بالأداء لأن الإبراء حصل
مقرونا بالأداء فمن حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا. ومن حيث إنه يصلح شرطا
لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك. والرابع أن يقول أد إلي خمسمائة على أنك بريء

من الفضل

من الفضل ولم يوقت للأداء وقتا فجوابه أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن الإبراء حصل
مطلقا لأنه لما لم يوقت للأداء وقتا لم يكن الإبراء عوضا له لوجوبه في مطلق الأزمان فلم يتقيد
به ولا يصلح عوضا حتى يحمل على المعاوضة بخلاف ما تقدم لأنه غرضا صحيحا في الأداء في الغد
والخامس أن يقول إن أديت إلي خمسمائة أو إذا أديت والجواب أنه لا يصح الإبراء لتعليقه أو متى أديت
بالشرط صريحا. وتعليق البراءة بالشرط باطل كقوله إن دخلت الدار فقد أبرأتك. لأن
البراءة إسقاط حتى لا تتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد. والتمليكات
لا تحتمل التعليق بالشرط والإسقاط يحتمل ذلك. فلمعنى التمليك فيها قلنا إذا صرح بالتعليق
بالشرط لم يصح. ولمعنى الإسقاط إذا لم يصرح بالشرط يتقيد به. ومن قال لآخر لا أقر
لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعل جاز التأخير والحط لأنه تصرف صدر من
المالك لا عن إكراه لأنه بعد لا يصير منكرها. لأنه يمكنه دفع هذا بإقامة البينة أو الاستحلاف
لينكل. ألا ترى أن الصلح على الإنكار يجوز ولا يتحقق فيه معنى الإكراه لما قلنا وهذا إذا قاله
سرا حتى لو قاله علانية يؤخذ به **فصل في الدين المشترك** وإذا كان الدين
بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء أخذ منه نصف
الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وإن شاء اتبع غريمه بنصف الدين. وأصله أن
الدين المشترك إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه في عين المقبوض لأنه
ازداد بالقبض إذ العين خير من الدين لأن الدين ليس بمال في الأصل وإنما يصير مالا باعتبار
المآل وهو القبض. وهذه الزيادة مستندة إلى أصل الحق وأصل الحق كان مشتركا فكانت الزيادة
بمنزلة الولد والثمر فكان له أن يشاركه في المقبوض. ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض
لأن حق الشريك في الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه
حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين غريمه ويضمن لشريكه حصته لأن حق المشاركة كان
ثابتا. والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب واحد كثمن مبيع إذا كان صفقة واحدة. وثمن المال
المشترك والموروث بينهما. وقيمة المستهلك المشترك. إذا ثبت هذا فنقول له أن يتبع
الغريم بنصيبه لأنه كان عليه ولم يستوفه فيبقى في ذمته والقابض قبض نصيبه. إلا
أن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه. وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن الصلح وقع
عن نصف الدين وهو مشاع. لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا يصح. وحق الشريك
متعلق بكل جزء من الدين فيتوقف على إجازته. فأخذه النصف دليل على إجازته العقد فصح ذلك
إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ربع الدين. ولو استوفى نصيبه أو نصف
نصيبه من الدين فلشريكه أن يشركه فيما قبض لما بينا ثم يرجعان على الغريم بالباقي
لأن المقبوض إذا صار مشتركا بينهما فلا بد أن يكون الباقي على الشركة كما كان. ولو
اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا فللشريك أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضا
حقه بالمقاصة كملا فصار كقبضه نصف الدين فيكون لشريكه أن يرجع عليه بالربع

وهذا بخلاف الصلح لأن مبناه على الحط والإغماض فلهذا لم يملك بيعه مرابحة فكان
الصلح بالصلح إبراء عن بعض نصيبه وقبض البعض فمتى ألزمناه دفع ربع الدين يتضرر به
المصالح لأنه لم يستوف نصف الدين كملا فلذا اخترناه بخلاف الشراء لأن مبناه على المماكسة
والمضايقة فصار به مستوفيا نصف الدين كملا بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين ولو ألزمناه
دفع ربع الدين لا يتضرر به ولا سبيل للشريك على الثوب في الشراء لأنه ملك الثوب بالشراء
والدين إنما صار مقبوضا بالمقاصة من حيث إن ثمن المشتري وجب عليه فصار قصاصا بالدين
وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا إلا أن القابض قبض حقه إلا أن له حق المشاركة
فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى الدين الذي على الغريم له أن يرجع على الشريك
ويشاركه لأنه ما رضي بسلامة المقبوض له إلا بسلامة حقه من الغريم فإذا لم يسلم عاد
حقه في المقبوض ولو كان للمطلوب على أحد الطالبين دين بسبب قبل أن يجب لهما عليه
ولم يقبض لأن الأصل في الدينين إذا التقيا قصاصا أن يصير الأول مقضيا بالثاني
والمشاركة إنما تثبت في الاقتضاء ولو أبرأه عن نصيبه لم يضمن لشريكه شيئا
لأن الإبراء إتلاف وليس بقبض فلم يرد نصيب الشريك بالبراءة فلا يرجع عليه ولو أبرأه
عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام لأن الحق عاد إلى هذا القدر ولو غصب
أحدهما عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا فهلك في يده فهو قبض لأن الضمان يجب
عند الهلاك مستندا إلى سببه فيثبت الملك له فله تضمينه واستئجار أحد الشريكين
بنصيبه قبض حتى يرجع عليه شريكه عندهم لحصول القبض بالمقاصة والإحراق ليس
بقبض عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله حتى لو أحرق أحدهما متاع المطلوب
فليس للشريك أن يرجع بنصفه عند أبي يوسف رحمه الله لأنه لم يصل إليه بهذا الفعل
مال فلا يرجع عليه شريكه بشيء وعند محمد رحمه الله يرجع عليه لوقوع القبض بطريق
المقاصة وتزوج أحدهما على حصته من الدين إذا كان الدين لهما على امرأة إتلاف في
ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه صاحبه بشيء لأنه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه
إذ البضع لا يحتمل الشركة فصار كما لو أبرأ وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع
بنصف حقه لوقوع القبض بطريق المقاصة وكذا الصلح في جناية العمد إتلاف
لأنه لم يملك شيئا يقابله قابلا للشركة وإنما صار متلفا لنصيبه فلا يكون للآخر أن
يرجع عليه بشيء وبطل تأخير أحدهما نصيبه عند أبي حنيفة رحمه الله وصح عندهما
لأنه إبراء مقيد فيعتبر بالإبراء المطلق وله أنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض
لأنه يتميز نصيب أحدهما من الآخر فيتعجل أحدهما ويتأجل الآخر وقسمة الدين قبل القبض
لا تجوز لأن في القسمة معنى التمليك لأن ما يأخذ أحدهما بعضه كان له وبعضه
كان لشريكه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه وتمليك الدين من غير
من عليه الدين لا يصح وهذا بخلاف إبراء نصيبه لأنه لا يبقى نصيبه بعد الإبراء وأما

يحقق

يتحقق القسمة مع بقاء نصيب كل واحد منهما رجلان أسلما إلى رجل في طعام ثم صالح أحدهما
من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله
يجوز والحاصل أنه يتوقف الصلح عندهما على إجازة صاحبه فإن أجازه نفذ عليهما كأنهما
صالحاه وكان ما قبض بينهما وما بقي من السلم بينهما وإن رده يبطل الصلح فبقي الطعام كله
بينهما وعند أبي يوسف رحمه الله الصلح جائز على المصالح أجازه صاحبه أو لم يجز وصاحبه
بالخيار إن شاء شاركه فيما قبض ثم يتبعان المطلوب فيأخذان منه ما بقي وإن شاء
اتبع المطلوب بحقه له أنه دين فيجوز صلحه عنه كما إذا صالح أحد ربي الدين
مع المديون عن نصيبه على بدل فإنه يجوز ويخير الآخر بين أن يشاركه في المقبوض
وبين أن يتبع المطلوب كذا هنا وهذا لأنه عاقد فيملك الصلح في نصيبه كما
لو اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه فإنه يجوز بدون رضى الآخر ولهما أنه لو جاز
في نصيبه فقط يصير قسمة الدين قبل القبض ولو جاز في نصيبهما يفتقر إلى إجازة الآخر
لأنه فسخ على شريكه عقده فيفتقر إلى رضاه بخلاف الإقالة في بيع العين لأن ذلك
تصرف في الحكم في حالة البقاء فلم يكن متعديا إلى إبطال العقد إذ الحكم في حالة البقاء يستغني
عن العقد وهنا التصرف في إبطاله واقع في العقد وهو منعقد بهما فلا يجوز أن ينفرد
أحدهما بالإبطال باعتبار تصرفه في حكمه في حال ثبوته إذ حالة الدين كحالة الوجود إلى
أن يقبض والحكم يفتقر إلى العلة ثبوتا ولأنه لو جاز الصلح من أحدهما يؤدي إلى أن يسقط حق
رب السلم من المسلم فيه ويتقرر في رأس المال ثم يعود في المسلم فيه وذا لا يجوز كما لو
تقايلا السلم ثم أراد فسخ الإقالة فإنه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لأن الآخر
إذا اختار المشاركة في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام السلم مشتركا بينهما
وقد سقط بالصلح حق المصالح عن السلم فيه وتقرر في رأس المال فلا يجوز أن يعود حقه
بعد ذلك في المسلم فيه لأنه لو عاد لعاد بعد بطلان الإقالة في باب السلم لا يحتمل الإبطال
قالوا هذا الخلاف فيما إذا خلطا رأس المال فإن لم يخلطاه فعلى النكتة الأولى هو على الخلاف
وعلى النكتة الثانية هو على الاتفاق أي جوابهما هنا كجواب أبي يوسف رحمه الله لأن
ذلك إنما يتحقق باعتبار مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة هنا
إذا لم يكن بينهما شركة فيما نقد من رأس المال والصحيح أن الخلاف في الفصلين
ثابت لما أن عدم جواز الصلح ثمة بعلتين وهنا بعلة واحدة وزيادة في السلم ورد حطه أي
إذا أسلم في كر بر ثم اصطلحا على أن يزيده المسلم إليه نصف كر بر إلى ذلك الأجل لم يصح الزيادة
إجماعا لأنها لو جازت لبطلت من حيث تجوز إذ لو جازت تخرج بعض رأس المال من
ذلك السلم حتى يجعل بإزاء هذه الزيادة وإذا خرج صار دينا على المسلم إليه فيصير كأنه
أسلم بدين كان عليه وذا لا يجوز وإذا لم تجز هذا فعلى المسلم إليه أن يرد ثلث رأس المال
إلى رب السلم وعليه كر تام وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يرد شيئا

من رأس المال إلى رب المسلم وعليه كثير لأن إخراج بعض رأس المال كان بحكم الزيادة فلما لم يصح إخراج شيء منه بقي على حاله. وله أنهما قصدا شيئين إخراج بعض رأس المال من السلم وإدخاله في هذه الزيادة والإدخال لم يصح وكذا الإخراج فقد صح فيرد ذلك. ولو قال رجلان لآخر أنت الحكم بيننا لم يصح حتى لو أسلم أو جاء رأس الشهر لم يجز حكمه عند أبي يوسف رحمه الله لأن التحكيم من باب المصالحة وتعليق الصلح بالأخطار لا يصح كما لو قال إذا جاء غد فقد صالحتك على كذا. وقال محمد رحمه الله يصير حكما عند وجود الشرط لأنه تفويض فصار كالتوكيل فيصح إضافته وتعليقه. وبطل صلح المودع بعد قوله ضاعت الوديعة أو رددتها إليك. وكذا لو قال الأجير الخاص هلك ما كان في يدي أمانة أو رددته إليك لأنه أمين فيثبت بخبره ما أخبر به لأن الأمين مصدق فيما يقوله فصار ثبوته بقوله كثبوته بالبينة ولو ثبت ذلك بالبينة لم يصح صلحه بعده فكذا إذا ثبت بخبره. وقال محمد رحمه الله يصح لأن الصلح ليقطع الخصومة والخصومة هنا ثابتة وله حق المرافعة إلى الحكام.

فصل في التخارج

وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض صح قليلا كان ما أعطوه إياه أو كثيرا لأنه أمكن تصحيحه بيعا. وروي أن عثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف على ثلاثة وثمانين ألف دينار وكان له أربع نسوة وأولاد فحظها ربع الثمن فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءا فكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم فحل محل الإجماع. وإن كانت التركة ذهبا فأعطوه فضة أو كانت فضة فأعطوه ذهبا فهو كذلك لأنه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يشترط التساوي. ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف. فإن كان الذي في يده بقية التركة جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه صار غاصبا لنصيبه وقبض الغصب ينوب عن قبض الصلح وإن كان مقرا غير مانع لنصيبه فلا بد من تجديد القبض وهو أن يرجع إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح لأنه قبض ضمان والأصل أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر وإن اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون. وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغيرهما فصالحوه على فضة أو ذهب فلا بد أن يكون المعطى أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه في بقية التركة تحاميا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لكونه صرفا في هذا المقدار. ولو كان بدل الصلح عرضا صح مطلقا لفوات الربا. ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا صح الصلح كيف ما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع والصلح أحق به إذ المقصود به قطع النزاع لما في امتداده من الفساد والله تعالى لا يحب الفساد. ولكن

يشترط

يشترط التقابض لأنه صرف. قال الحاكم يبطل الصلح على مثل نصيبه أو أقل من مال الربا في حال التصادق. فأما في حال المناكرة فالصلح جائز لأنه يعطي المال لدفع الخصومة فلا يتمكن الربا. وقيل إنه باطل في الوجهين لأنه معاوضة في حق المدعي فيتمكن فيه الربا. وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لأنه يصير مملكا حصته من الدين من سائر الورثة بما يأخذ منهم من العين وتمليك الدين من غير من عليه الدين باطل. وإن كان بعوض وإذا بطل في حصة الدين بطل في الكل وهو دليل لأبي حنيفة رحمه الله عليهما في مسئلة البيوع لأن العقد الواحد إذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل. ثم قيل هذا قوله. وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين. وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحي والميت بثمن واحد. وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح صح الصلح لأنه تمليك الدين ممن عليه الدين وهذه حيلة الجواز. وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيب المصالح من مالهم بطريق التبرع ثم يصالحوا عما بقي من التركة فإنه يجوز. وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة. والأولى أن يقرضوا المصالح قدر نصيبه من الدين ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم المصالح على استيفاء نصيبه من الغرماء ويقبلوا ذلك. ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يصح لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون ربا. وقيل يصح لأنه يحتمل أن لا يكون في التركة من جنس بدل الصلح وإن كان فيحتمل أن يكون نصيبه أقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز مؤديا إلى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار. ولو كانت التركة غير المكيل والموزون ولكنها أعيان غير معلومة قيل لا يصح والأصح أنه يصح لأن الجهالة غير مفضية إلى المنازعة لأنه لا يحتاج إلى التسليم وبيع ما لم يعلم البائع والمشتري مقداره إذا كان لا يحتاج فيه إلى التسليم صحيح. ألا ترى أن من أقر أن فلانا أودعه شيئا ثم إن المقر اشترى ذلك الشيء من المقر له جاز وإن كانا لا يعرفان مقداره كذا هنا في التتمة. ولو كان على الميت دين محيط لا يصح الصلح ولا القسمة لأن الورثة لم يتملكوا التركة إذ الإرث إنما يجري في المال الفارغ عن حاجة الميت فإذا كان عليه دين مستغرق كان مشغولا بحاجته فيمنع الإرث وإن لم يكن مستغرقا لم ينبغ أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت. ولو فعلوا قالوا يجوز لأن القليل لا يمنع الإرث لأن التركة لا تخلو عن قليل دين فلو امتنع الإرث به لامتنع الإرث في كل التركات وفيه ضرر بين بالورثة. وذكر الكرخي رحمه الله في القسمة أنها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا.

فصل

صالح عن دم عمد على عبدين فظهر أن أحدهما حر فالعبد كل الحق عند أبي حنيفة رحمه الله. وعند أبي يوسف رحمه الله له العبد وقيمة الحر لو كان عبدا

وعند محمد رحمه الله له العبد وتمام ارشه من الدراهم وقد مر نظيره في النكاح ●
وان صالح عن دين مجحود على امة فاستولدها فاستحقها رجل بالبينة يأخذها وعقرها
وقيمة ولدها ورجع المدعي الى دعواه لانتقاض الصلح ● فان اثبت الدين بالبينة او بنكول
المدعى عليه عن اليمين يرجع عليه بحقه وهو المدعى ● وبقيمة الولد لانه لما اثبت الحق
ظهر انه معاوضة فيظهر احكام المعاوضة ● وكذا لو صالح عن دم عمد على امة واستولدها
الا انه هنا اذا اثبت الحق بالبينة او بالنكول رجع عليه بقيمة الامة لان الصلح لا يبطل
بالاستحقاق فبقي الموجب لتسليم البدل وقد عجز عن تسليم بدل الصلح وهي الامة فيضمن
قيمتها وفي الدين يظهر انه بيع فيبطل الصلح بالاستحقاق فيرجع بالمدعى ● ولو صالح
عن امة على امة واستولد كل واحد الامة التي في يده فاستحقت التي اخذها المدعي
رجع في دعواه فاذا اثبت بالبينة او بالنكول رجع بقيمة المدعاة لتعذر اخذها
لمكان الاستيلاد وبقيمة الولد ● لانه ظهر ان الصلح كان معاوضة فكان
مستلزما سلامة الولد ● وان استحقت المدعاة رجع المدعى عليه على المدعي بقيمة الامة
التي دفعها الى المدعي فقط لانه انتقض الصلح فظهر ان المدعي اخذ بحكم عقد فاسد
فيجب عليه ردها وقد تعذر عليه ردها بالاستيلاد ● لانه صح بناء على ظاهر الملك فغرم
القيمة ● ولا يرجع على المدعي بما ضمن من قيمة الولد لانه يزعم انها ما وصلت اليه من المدعي
فكان منكرا لوجوب الضمان ● ولو وقع الصلح على ان يسلم المدعى عليه الامة الى المدعي
ويأخذ منه امته واستولد كل واحد امته ● فكل واحد مغرور لانه معاوضة من
الجانبين ● لان كل واحد اخذ ملك الغير ظاهرا فيرجع كل واحد عند الاستحقاق
على صاحبه بما ضمن من قيمة الولد وقيمة الامة لتعذر ردها بالاستيلاد ● ولو كان المدعى
دارا فصالح على دار وبنى كل واحد ثم استحقتا رجع كل واحد منهما على صاحبه بقيمة بنائه على
الاستحقاق كما مر في الولد ● حرة مشتراة تزوجها رجل ولم يخبر بانها حرة
او امة فاستولدها فاستحقت وغرم العقر وقيمة الولد لم يرجع الا على المولى بما
ضمن لانه لم يغره ● فان اولدها المشتري بنفسه قبل العتق ثم اعتقها وتزوجها فولدت
ثم استحقت غرم للمستحق عقرا واحدا ● لان الوطآت المتكررة بناء على الملك
لا توجب الا عقرا واحدا كما في النكاح الفاسد ● وقيمة الولدين للغرور فيهما
ويرجع على البائع بقيمة الولد الاول دون الثاني لانه استولدها بالنكاح ● وهو انما
ضمن السلامة بالبيع لا بالنكاح ● اختلفا في ساحة يدعي كل واحد انها له وفي يده
لم يقض لاحدهما بملك ولا بيد الا ببينة ● لان دعوى كل واحد معارض بدعوى
الآخر ● فان سلمها احدهما لصاحبه بعد قبضه فبنى الآخر وسكن فاستحق العبد
او وجد حرا بطل الصلح ويعود كل واحد منهما الى دعواه ● وليس له ان ينقض بناء
صاحبه ولا ان يمنعه من السكنى حتى يثبت بالبينة لانه لم يعرف تعديه كما قبل الصلح ●

ولو اشترى

ولو اشترى منه بعبد فبنى وسكن ثم استحق اجبر على نقض البناء ● لان الاقدام على الشراء
اقرار بانه لا ملك وانما ملكها بالعقد وقد انتقض ● ولو تنازع ثلاثة في ساحة لم يجز
لاثنين منهم صلح ولا شراء ● لان الثالث على دعواه فيعجز صاحب العبد عن تسليم الساحة
ويبطل حق المشتري لانه بالشراء اقر انه لا ملك له فانقطعت خصومته ● والله اعلم

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من ضرب في الارض اذا سافر
فيها ● ومنه قوله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني بالضرب
السفر للتجارة ● وفي الشرع عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر ● والمراد الشركة في الربح ● وهي تستحق بالمال عن احدهما او بالمال
والعمل من احدهما ولا مضاربة بدون الشركة في الربح ● حتى لو شرط الربح كله
لرب المال كان بضاعة ولو شرط كله للمضارب كان قرضا ● وهي مشروعة بما تلونا
لان الضرب في الارض قد يكون بمال نفسه وقد يكون بمال غيره ولا فضل فيه فهو
عليهما ● وتقرير الرسول عليه السلام تجار زمانه عليها دليل على شرعيتها ● فانه عليه السلام
بعث والناس يباشرونها ● ولو لم تكن مشروعة لمنعهم عنها ● واجماع الامة ومساس الحاجة
اليها فان الانسان قد يكون غنيا بالتجارة فيه وقد يكون مهتديا بالتجارة ولا مال له فيحتاج جان
الى الشركة على هذا الوجه ليستعين هذا بانهداء ذاك وذا بمال هذا لينتظم مصلحتهما
ويحصل الربح لهما ● وركنها الايجاب والقبول ● وحكمها انواع ايداع ووكالة
وشركة واجارة وغصب ● فهذه احكام تنبني عليها فيجب ان يراعى كل حكم منها في
وقته ● فنقول وبالله التوفيق فالمضارب اولا امين لانه قبض المال باذن مالكه لا على
جهة المبادلة والوثيقة ● بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا ● وبخلاف الرهن
لانه قبضه وثيقة ● وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه له بامره حتى يرجع
بما يلحقه من العهدة على رب المال كالوكيل ● واذا ربح فهو شريك له في الربح لانه يحصل
بالمال والعمل فاشتركا فيه ● فاذا فسدت فهو اجير حتى استوجب اجر المثل لان المضا ربّ
عامل لرب المال في ماله فصار ما شرط له من الربح كالاجرة على عمله ● واذا خالف فهو
غاصب ضامن لتعديه على مال غيره ● وان اذن بعده فهو كالمستبضع ● اي المضارب
اذا اشترى ما نهي عنه ثم باعه وتصرف فيه ثم اجازه رب المال فانه لا اثر للاجازة به
والمستبضع مثله ● وعند مالك رحمه الله الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وشرطها
ان يكون راس المال من الاثمان فلا يصح الا بالمال الذي تصح به الشركة كما مر ثم ● ولو دفع
اليه عرضا وقال له بعه واعمل مضاربة في ثمنه فباع بدراهم ودنانير وتصرف فصح
لانه لم يضف المضاربة الى العرض ● وانما اضاف الى ثمنه والثمن تصح المضاربة به والاضافة
الى زمان في المستقبل تجوز ● لانه وكالة او وديعة او اجارة ● فليس شيء من ذلك مانع
صحة الاضافة الى المستقبل ● وان يكون راس المال عينا لا دينا لان المضارب امين ابتداء ●

ولا يتصور أن يكون أمينا فيما عليه من الدين، ولأن الدين مضمون على المديون. فلو كان
له دين على ثالث فقال له اقبض ما لي على فلان واعمل به مضاربة جاز، لأنه أضاف المضاربة
إلى زمان القبض، وفي تلك الحالة صار الدين عينا وهو يصلح أن يكون رأس المال، بخلاف
ما لو قال اعمل بالدين الذي في ذمتك مضاربة بالنصف حيث لا يصح إجماعا لما مر. فلو اشترى
به وباع فجميع ذلك للمشتري والدين في ذمته بحاله عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الصحة
بالتوكيل عنده فوقع الشراء للمأمور، وعندهما يكون مشتريا للآمر لصحة التوكيل
عندهما كما مر في الوكالة، فتصير المضاربة بعد ذلك بالعرض فلا يصح. وأن يكون
الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة، لأن هذا يقطع الشركة في الربح لجواز
الى الربح في الأصل أن لا يحصل من الربح إلا قدر ما شرط له. فإذا لم تبق الشركة في الربح لا تتحقق
المضاربة لأنها جوزت بخلاف القياس بالنص بطريق الشركة في الربح، فإذا شرط للمضارب به
ما يقطع الشركة لم يكن في معنى ما ورد به النص فيرد إلى ما يقتضيه القياس. فإن
شرط زيادة عشرة فله أجر مثله، لأنه لم يرض بالعمل مجانا فيصار إلى أجر المثل ضرورة
والربح لرب المال لأنه نماء ملكه. وكذا الحكم في كل مضاربة لم تصح. ولا يجاوز
بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله لما مر في الشركة.
ويجب الأجر وإن لم يربح في المضاربة الفاسدة في رواية الأصل، لأن الواجب أجرة
والأجرة تجب بتسليم المنفعة أو العمل وقد وجد فتجب الأجرة. وعن أبي يوسف رحمه الله
أنه إذا لم يربح فلا أجرة له، لأن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من الصحيحة. فإذا لم
يستحق شيئا في المضاربة الصحيحة عند عدم الربح ففي الفاسدة أولى. والمال في المضاربة الفاسدة
غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالمضاربة الصحيحة، ولأنه عين استؤجر المضارب ليعمل به
فلا يكون مضمونا عليه كأجير الوحد. وكل شرط يوجب جهالة في الربح ليعمل به
فلا يكون مضمونا عليه يفسد المضاربة لأن الربح هو المعقود عليه وجهالة المعقود عليه
توجب فساد العقد. وذلك نحو أن يشترط المضارب أن يسكن رب المال داره سنة
لأنه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وأجرة الدار، فصارت حصة العمل مجهولة فلم تصح.
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على
المضارب، لأن الوضيعة جزء هالك من المال فلا يجوز أن يلزم غير رب المال. إلا أن هذا
شرط زائد لم يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يفسد المضاربة لأنها
لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة، ولأن صحتها تتوقف على القبض فلا تبطل بالشرط
كالهبة. وأن يكون المال مسلما إلى المضارب لا يد لرب المال فيه، لأن المال أمانة في يده
فلا يتم إلا بالتسليم إليه كالوديعة. وهذا بخلاف الشركة، فإن يد رب المال قائمة في
عقد الشركة وقد صحت، لأن المضاربة انعقدت على رأس المال من أحد الجانبين والعمل
من الجانب الآخر، فيجب أن تخلص اليد للمضارب ليتمكن من العمل فيه. والشركة انعقدت

على العمل

على العمل من الجانبين. فمتى شرطنا انتفاء يد رب المال عنه لم تنعقد الشركة أصلا لانتفاء
شرط الشركة وهو شرط العمل عليهما. فإن شرطا أن يعمل رب المال مع المضارب تفسد
المضاربة، لأن هذا الشرط يمنع من تسليم المال إلى المضارب والتخلية بين المال والمضارب
شرط صحة العقد فما تأباه كان مفسدا ضرورة. وسواء كان المالك عاقدا أو غير
عاقد كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا عمل الصغير، لأن الصغير
إذا كان مالكا كانت يده على المال بجهة الملك كالكبير فبقاء يده تمنع كونه مسلما إلى المضارب.
وكذا أحد المتفاوضين أو أحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل شريكه
يكون مع المضارب، لأن للشريك فيه ملكا فيمنع صحة الدفع مع قيام يد المالك. وإذا لم
يكن العاقد مالكا وشرط أن يتصرف في المال مع المضارب، فإن كان العاقد ممن ليس بأهل
للمضاربة في ذلك المال فشرط عمله يفسد العقد كالمأذون يدفع ماله مضاربة ويشترط
عمله مع المضارب، لأن يد التصرف ثابتة له في هذا الباب ويده يد نفسه فتنزل منزلة المالك
فيما يرجع إلى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة. وإن كان العاقد ممن يجوز
أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالأب والوصي إذا دفعا مال الصغير
مضاربة وشرطا أن يعملا بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز، لأنهما لو أخذا
ماله مضاربة وشرطا أن يعملا بأنفسهما بنصف الربح صح. فكذا إذا شرطا عملهما
مع المضارب بجزء من الربح، لأن كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز
أن يكون فيه مضاربا مع غيره. وهذا لأن تصرف الأب والوصي واقع للصغير حكما
بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فيشترط التخلية من
قبل الصغير لأنه رب المال وقد تحققت. وأن يكون رأس المال معلوما عند العقد تسمية
أو إشارة. وأن يكون نصيب المضارب من الربح معلوما لما مر. وإن وجدت هذه الشرائط
صحت وإلا فسدت وانقلبت إجارة. وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع بنقد
ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع، لأن غرضه حصول الربح ولا يحصل
ذلك إلا بأن يملك جميع أنواع التجارات، لأنه قد يربح في نوع منها دون نوع فوجب أن
يكون بسبيل من جميع أصناف التجارة ليحصل غرضه. والإبضاع والإيداع من توابع التجارة
لأن التاجر لا يجد بدا منهما. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر. وعنه
عن أبي حنيفة رحمه الله أن دفع المال إليه في مصره وهو من أهل ذلك المصر فليس له أن يسافر
به لأن فيه تعريض المال على التوى بلا ضرورة. وإن دفع إليه في غير مصره فله أن يسافر به
لأن الظاهر والغالب أن الإنسان يرجع إلى وطنه ولا يستديم الغربة مع إمكان الرجوع
فلما أعطاه مع علمه أنه غريب في هذا الموضع كان ذلك منه دليل الرضا بالمسافرة بالمال عند
رجوعه إلى وطنه. وجه الظاهر أن المضاربة من الضرب في الأرض وذا يكون بالمسافرة
ولأن في مقصوده تحصيل الربح وذا إنما يحصل بالسفر عادة فيملكه بمطلق عقد المضاربة.

ولان للمودع ان يسافر بمال الوديعة مع عدم تمكنه من التصرف فيه فالمضارب اولى
لقدرته على التصرف فيه • ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة • وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يزوج الامة لانه من الاكتساب لانه يستفيد به المهر وسقوط النفقة عن مال
المضاربة • ولهما انه ليس من التجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة فلا يملكه
وان كان اكتسابا كالكفالة والاعتاق على ضعف قيمته • ولا يضارب الا ان ياذن
له رب المال او يقول له اعمل برايك لانه يحصل بعض ربح ماله لغيره وهو لم يرض به ولان
الشيء لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة كالوكيل لا يملك ان يوكل غيره • وهذا بخلاف
المستعير والمكاتب لانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام في التصرف نيابة وهما
يتصرفان بحكم المالكية لا بحكم النيابة • اذ المستعير ملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا
والمضارب يعمل بطريق النيابة فلا بد من التنصيص عليه والتفويض المطلق اليه • وصار
كالوكيل فانه لا يملك ان يوكل غيره الا اذا قيل اعمل برايك والابداع والابضاع دون
المضاربة فيتضمنهما ولا يملك الاقراض وان قيل له اعمل برايك • لانه تبرع وليس من ضرورات
التجارة فلا يملكه بهذا اللفظ كالهبة والصدقة • وهذا لان المعهود ينتظم صنوف التجارة
وما هو من صنع التجارة وليس هو من صنعهم فلا يحصل به الغرض وهو الربح • ولان المقبوض
بحكم القرض مضمون عليه لا يتصور فيه زيادة بشرط او غيره • اما الدفع مضاربة
فمن صنع التجارة وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول • وان خص
له رب المال التصرف في بلد بعينه يتقيد به ولم يجز له ان يتجاوز ذلك لانه انما ملك
التصرف بتفويضه فيتقيد بما فوض اليه • وهذا التقييد مفيد • لان التجارات تختلف
باختلاف الامكنة والامتعة • وكذا ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها
من تلك البلد • لانه لا يملك ان يتصرف بنفسه في هذا المال في غير هذا البلد فلا يملك
ان يستعين بغيره ايضا • فان اخرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له
فله ربحه وعليه وضيعته لانه تصرف في مال غيره بغير امره فيضمن ولم يشتر حتى رده
الى البلد الذي عينه برئ من الضمان • لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق فيكون امينا كما كان
ويرجع المال مضاربة على حاله • لان المال باق في يده بالعقد السابق • وكذا اذا اشترى
ببعضه في المصر ورد بعضه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة • واعلم
ان اصل الضمان واجب بنفس الاخراج وبالشراء يتقرر بالضمان لان الضمان الواجب بالاخراج
على غرضية الزوال لاحتمال الاعادة الى البلد الذي عينه • وهذا بخلاف ما لو قال على ان تشتري
في سوق الكوفة • حيث لا يصح التقييد وله ان يعمل به في غير السوق بالكوفة استحسانا •
لان الاصل ان رب المال اذا شرط على المضارب شرطا مفيدا يتقيد به ويجب الضمان
على المضارب متى تركه • وان لم يفد لا يصح الشرط ولا يضمن المضارب بتركه • وفي شرط
العمل بالكوفة فائدة لرب المال وهو صيانة لماله عن خطر الطريق • ولان الاسعار

تختلف

تختلف باختلاف البلدان • وكذا النقود تختلف باختلاف البلدان • ولا فائدة في تقييد
تصرفه بالسوق لان مقصوده سعر الكوفة لا عين السوق • والبلدة الواحدة كالبقعة
الواحدة فكان التخصيص لغوا الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل
في غير السوق • فلو عمل في غيره يضمن • لانه صرح بالحجر في غيره وهو يملك الحجر • وما
يفيد التقييد من الالفاظ ستة • دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل به بالكوفة •
او لتعمل به بالكوفة • او تعمل بالكوفة مجزوما او فاعمل به بالكوفة • او قال
دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة • وما لا يفيد لفظان • دفعت اليك مضاربة
واعمل بالكوفة • او قال اعمل بالكوفة • والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة
ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما في الالفاظ
الستة • وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدا كما في اللفظين الاخرين •
وحينئذ تكون الزيادة مشورة وكان له ان يعمل بالكوفة وبغيرها • ولو قال خذ
مضاربة على ان تشتري به الطعام • او قال واشتر به الطعام • او قال لتشتري به الطعام •
او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام فهذا كله مقيد فيعتبر التقييد به • وليس له ان
يشتري او يبيع من غيره • لان التقييد هذا مفيد لتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء
ولو قال على ان تشتري به من اهل الكوفة • او دفع اليه مضاربة في الصرف على ان يشتري
به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من رجل ليس من اهل الكوفة او من غير الصيارفة
جاز • لان مقصوده في الاول تقييد العمل بالكوفة عرفا وقد وجد • وفي الثاني التقييد بالنوع
وكذا ان وقت للمضاربة وقتا بعينه يتقيد به حتى يبطل العقد بمضيه • لان التقييد
بالزمان مفيد كالتقييد بالمكان فيتوقف بما وقته • وكذا الشركة تتقيد بالوقت
حتى لو قال احد الشريكين لصاحبه ما اشتريت اليوم فهو بيننا فما اشترى اليوم فهو
بينهما وما اشترى بعد اليوم فهو للمشتري خاصة • وبالمكان • حتى لو قال احد الشريكين
لصاحبه اخرج الى نيسابور ولا تجاوزه فجاوزه فهلك ضمن حصة شريكه • وليس للمضارب
ان يشتري من يعتق على رب المال بقرابة او يمين لان المضاربة اذن في التصرف الذي
يحصل به الربح • وهذا انما يكون بشراء ما يمكنه بيعه • فاما ما لا يمكنه بيعه فلا يحصل
به الغرض فلا يتناوله الاذن • ولا يتحقق هذا فيمن يعتق على رب المال لعتقه • ولهذا
لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كما اذا اشترى خمرا او خنزيرا او ميتة او دما
او مكاتبا او ام ولد او اشترى ثوبا بميتة او دم لانها لا تملك بالقبض فلم تدخل تحت الاذن •
بخلاف ما لو اشترى ثوبا او عبدا بخمر او خنزير فانه يكون على المضاربة لانه يملك بالقبض
ويمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق مقصود العقد • وكذا لا يجوز له ان يشتري من يعتق
عليه ان كان في المال ربح لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال عنده او يعتق
عندهما فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وهذا شرع للاسترباح • فان فعل اي اشترى

من يعتق على رب المال او من يعتق عليه صار مشتريا لنفسه دون المضاربة • لان الشرا متى
وجد نفاذا على المشتري ينفذ عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف • وهذا لان المضارب هو
الاصل في حق البايع لان حقوق العقد ترجع الى الوكيل فوجب ان ينفذ عليه لما تعذر
نفاذه من رب المال دفعا للضرر عن البايع • وضمن ان نقد الثمن من مال المضاربة • وان
لم يظهر في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا ملك له فيه ليعتق عليه فلا
مانع من التصرف لقدرته على بيعه فيقع الشرا على المضاربة وان زادت قيمتهم بعد الشرا
حتى ظهر الربح عتق حصته منهم لانه ملك بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيا • لانه انما
عتق عند الملك لا بصنع منه فصار كما لو ورثه مع غيره • بان اشترت امراة ابن
زوجها ثم ماتت وتركت هذا الزوج واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن شيا لاخيها ويسعى
العبد في قيمة نصيب رب المال لاحتباس ماليته عنده • ولو اشترى نصفه بمال المضاربة
ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه من قبله
وانما دخل العتق فيه حكما بما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا • والشريك والاب والوصي
كالمضارب حتى اذا اشترى احد الشريكين عبدا وهو ذو رحم محرم من الشريك
الاخر نفذ على المشتري كالمضارب وكذا اذا اشترى الاب او الوصي عبدا للصغير
او للمعتوه لا ينفذ عليهما وانما ينفذ على الاب او الوصي لانه لا نظر فيه • بخلاف
العبد الماذون فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى يصح ثم ينظر ان لم يكن عليه دين
محيط بكسبه عتق على المولى • وان كان عليه دين محيط برقبته وكسبه لا يعتق عنده
وعندهما يعتق لان الدين المستغرق يمنع ثبوت الملك للمولى في كسب العبد عنده •
وعندهما لا يمنع فان كان مع المضارب الف بالنصف فاشترى المضارب به امة قيمتها
الف فوطيها المضارب فولدت ولدا يساوي الفا فادعى المضارب انه ابنه ثم بلغت
قيمته الفا وخمسماية والمضارب موسر • فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومايتين
وخمسين وان شا اعتقه • واذا قبض رب المال الف درهم من الغلام ضمن المدعي نصف
قيمة الامة • وهذا لان دعوة المضارب انعقدت صحيحة ظاهرا حملا لامره على الصحة
وهو فراش النكاح بان زوجها منه بايعها وعلقت منه ثم باعها منه لكن لم ينفذ
لعدم الملك وهو شرط الصحة • لان كل واحد منهما اعني الام والولد مشغول براس
المال فلا يظهر الربح لما عرف ان مال المضاربة اذا صار اجناسا مختلفة كل واحد منهما
مثل راس المال لا يظهر الربح عندنا خلافا لزفر رحمه الله • لانه ليس احدهما باولى من الاخر
واذا كان كذلك فلم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد • وانما الثابت له
مجرد حق التصرف فلا تظهر الدعوة • واذا زادت قيمة الغلام وصارت الفا وخمسماية
ظهر الربح الان فملك المضارب من الولد نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة •
بخلاف ما اذا اعتق المضارب الولد ثم ظهرت الزيادة فانه لم يصح الاعتاق لان الاعتاق

انشاء

200

انشاء فاذا بطل لعدم الملك فلا ينفذ بعد حدوث الملك اما هذا فاخبار فينفذ اذا حدث
الملك نظيرهما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه • واذا قال لعبد الغير انت حر ثم اشتراه
واذا نفذت الدعوة صار الغلام ابنا له وعتق عليه بقدر ملكه وفسد الملك في الباقي عنه
وعتق عندهما ولم يضمن حصة رب المال من الولد • لان العتق هنا ثبت بالنسب والملك
والملك احدهما وجودا فيضاف اليه لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير اذا كانت العلة
ذات وصفين • اصله مسالة السفينة والقدح الاخير لما روي عن الصديق رضي الله
ان رجلا اقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات فقال له اياك والرابعة فانها الموجبة • وقد ثبت
الملك للمضارب بغير صنع منه لحصوله بتغير السعر • وضمان التعدي لا يثبت بغير صنع
وهذا ضمان الاعتاق فلا بد من التعدي لانه ضمان تسبب • لانه يتصرف في ملكه قصدا
واذا لم يجب الضمان فقد احتبس ماليته عنده وجب السعاية في نصيب رب المال وهو الف
ومايتان وخمسون • لان الف راس المال ومايتان وخمسون حصته من الربح وله ان يعتقه
لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون قابلا للاعتاق فاذا قبض رب
المال من ذلك الفا حسب من راس المال لانه مقدم في القسمة فيظهر ان الامة كلها
ربح فملك المضارب نصفها • فان قيل لا تجعل الامة راس المال وجميع الامة الولد
ربحا • قلنا لا انما يجب على الولد من السعاية من جنس راس المال • والامة ليست من
جنس راس المال فكان تعيين الالف من السعاية لراس المال اولى • فاذا ملك نصفها
نفذت تلك الدعوة وصارت الامة ام ولد له • لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل
التمليك لا يتجزى بالاجماع وما نحن فيه كذلك فيملك المضارب نصيب رب المال منها
ويضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك فلا يختلف باليسار والاعسار
ولا يتوقف على الصنع والتعدي • الا ترى ان رجلين لو ورثا امة هي ام ولد احدهما
انه يضمن لشريكه نصف قيمتها موسرا كان او معسرا • بخلاف ضمان العتق لانه
ضمان اتلاف فلا بد من الصنع ولم يوجد • وانما لم يضمن في الولد مع انه موسر لعدم
الصنع فلان لا يضمن اذا كان معسرا اولى •

باب المضارب يضارب

واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم ياذن له رب
المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح • فاذا ربح ضمن الاول
لرب المال وهذا رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله • وقال ابو يوسف ومحمد
وهو ظاهر الرواية اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح • وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع
اليه عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله • لان الدفع على وجه الايداع
مملوك له لا على وجه المضاربة فيضمن بالدفع لانه صار به مخالفا • ولهما ان الخلاف
لا يتحقق بنفس الدفع لان نفس الدفع ايداع وله ولاية الايداع فلا يضمن بدون
العمل • وله انه يملك الدفع للعمل فيه لانه يملك الابضاع فلا يضمن بالعمل ما لم يربح •

فإذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيصير خلطه بغيره فيجب الضمان. وجه ظاهر الرواية
أن الربح إنما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصول الربح في صيرورة
المال مضمونا به بخلاف مجرد الدفع لأنه ليس بسبب لحصول الربح ليقام مقامه حصوله
وهذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة. فإن كانت فاسدة لا يضمن الأول وإن عمل الثاني
لأنه أجير فيه والأجير لا يستحق سهما من الربح فلا تثبت الشركة له وله أجر مثله على المضارب
الأول وللمضارب الأول ما شرط له من الربح. ثم رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول رأس
ماله لأنه صار غاصبا بدفعه إلى غيره بغير إذنه. وإن شاء ضمن الثاني لأنه قبض مال غيره
بغير إذنه وهذا ظاهر على أصلهما لأنهما يضمنان مودع المودع. وأما عنده فقد قيل ينبغي
أن لا يضمن الثاني كمودع المودع. وقيل يضمن الثاني عنده أيضا. بخلاف مودع المودع
والفرق أن مودع المودع يقبضه لمنفعة الأول لا لنفسه فلا يضمن. والمضارب
الثاني يعمل لنفسه فيضمن. فإن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول والثاني والربح
بينهما على ما شرطا. لأنه بأداء الضمان ملكه من حين صار مخالفا فصار كما لو دفع
مال نفسه مضاربة إلى الثاني. وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالضمان لأنه التزم سلامته
المقبوض عن الضمان فإذا لم يسلم يرجع عليه بما لحقه من الضمان كمودع الغاصب. ولأنه
مغرور من جهته في ضمن العقد فيرجع عليه بما لحقه من العهدة. وتصح المضاربة
والربح بين المضاربين على ما شرطا. لأن الضمان استقر فيثبت له الملك ويطيب الربح
للثاني لأنه استحقه بالعمل ولا خبث في عمله. ولا يطيب للأول لأنه يستحقه برأس
المال والملك في رأس المال حصل بأداء الضمان مستندا فلا يخلو عن نوع خبث لكونه
ثابتا من وجه دون وجه. فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له أن يدفعه
إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح. فإن كان رب المال قال له على أن
ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الأول السدس وللمضارب
الثاني الثلث. لأن دفعه إلى المضارب الثاني صح حيث كان بإذن رب المال. إلا أن رب
المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى. وما رزقه الله تعالى جميع الربح فكان له نصف
جميع الربح فلا يكون للمضارب الأول أن يوجب شيئا من ذلك لغيره بل يجب ما أوجبه
للثاني وهو ثلث الربح ينصرف إلى نصيبه خاصة فيبقى له السدس ويطيب لهما ذلك
لأن عمل الثاني وقع له كمن استأجر رجلا على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر
الخياط من يخيطه بنصف درهم. ولو قال له أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان
فللمضارب الثاني الثلث. والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان. لأن
رب المال ما شرط لنفسه نصف جميع الربح. وإنما شرط لنفسه نصف ما يحصل
للأول من الربح فاستحق الثاني جميع ما شرط له وما وراء ذلك جميع ما حصل للمضارب
الأول ورب المال شرط لنفسه نصف ذلك فلهذا كان الباقي بينهما. ولو قال له

فما رزقت

فما رزقت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الأول ورب المال. لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وهو ما دون فيه من جهة رب
المال فاستحقه. ورب المال شرط لنفسه نصف ما رزق الأول ولم يرزق الأول إلا النصف
فكان بينهما. ولو قال له أن ما رزق الله تعالى فلي نصفه أو قال فما كان من فضل
بيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب
الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول. لأن رب المال شرط لنفسه نصف جميع الربح
فانصرف شرط الأول النصف للثاني إلى نصيبه فيكون للثاني بالشرط ولا شيء للأول لأنه
جعل ما كان له للثاني وهو كرجل استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر
الأجير رجلا آخر ليخيط له بدرهم. فإنه لا يسلم للأول حيث عقد على جميع حقه.
فإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن
المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله. لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال
فلم ينفذ في حق رب المال ووجب عليه الضمان بالتسمية. لأنه التزم السلامة فإذا لم يسلم
رجع عليه. وهو كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الأجير رجلا
آخر ليخيط بدرهم ونصف فإنه يضمن له زيادة الأجر. ولأنه غره بالتسمية والغرور
في العقود موجب للضمان. وإن شرط في المضاربة ثلث الربح لرب المال وثلثه لعبد
رب المال على أن يعمل العبد مع المضارب وثلثه للمضارب صح. لأن اشتراط العمل
على العبد لا يمنع التخلية والتسليم. لأن للعبد يدا معتبرة وهو منفرد بيده عن رب
المال خصوصا إذا كان مأذونا واشتراط العمل عليه إذن له. ألا ترى أنه ليس
للمولى أن يسترد ما أودعه العبد من يد المودع وإن كان محجورا عليه. ويجوز بيع
المولى من عبده المأذون. وإذا لم يمنع التخلية لم يمنع الصحة ولا كذلك اشتراط العمل
على رب المال لأنه يمنع التخلية. وإذا صحت المضاربة كان ثلث الربح للمضارب. لأن
المشروط له هذا القدر والثلثان لرب المال. وإن لم يكن على العبد دين. لأن ما شرط
للعبد فهو لسيده وإن كان عليه دين فهو للغرماء. لأنه لما شرط عمل العبد صار الثلث
من مكاسب العبد. هذا إذا كان العاقد هو المولى. ولو عقد العبد المأذون عقد
المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين. لأن هذا اشتراط
العمل على المالك. وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن المولى
كالأجنبي عنده. **فصل في العزل والقسمة** وتبطل المضاربة بموت رب
المال أو المضارب. لأنها توكيل وموت الموكل أو الوكيل يبطل الوكالة ولا يورث
الوكالة. وبلحوق رب المال مرتدا بدار الحرب لأنه كالموت. حتى يقسم ماله بين
ورثته ويعتق مدبروه وأم ولده. وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة
رحمه الله على النفاذ بالإسلام أو البطلان بالموت أو القتل. لأن عنده لو تصرف رب المال

بنفسه يكون موقوفا. وكذا المضارب لأنه يتصرف له. ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم. لأن عنده إنما يتوقف تصرفاته لمكان التوقف في أملاكه ولا ملك له هاهنا في مال المضاربة وله عبارة صحيحة. ولا يتوقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة. فإن عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته فينعزل بعلمه بعزله. لأن انعزال الوكيل بالعزل القصدي فيتوقف على علمه لأن العزل نهي. والأحكام المتعلقة بالأمر لا يؤثر فيها النهي إلا بعد العلم أو أمر الشرع ونواهيه. وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك لأن حقه يثبت بالربح. وإنما يظهر بالقسمة وقسمة الربح تفتقر إلى أن ينض رأس المال وذا بالبيع. ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر. لأن العزل إنما لم يعمل ضرورة ليعلم رأس المال فلما صار نقدا زالت الضرورة فعمل العزل عمله. ولو كان مال المضاربة من جنس رأس المال لم يجز له أن يتصرف فيه لأنه لا ضرورة. وإن لم يكن من جنس رأس المال بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو بالعكس له أن يبيعها بجنس رأس المال استحسانا. والقياس أن لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كالعروض. وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها. ولو افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون. لأنه بمنزلة الأجير لأنه إنما استحق الربح بإزاء عمله فصار الربح كالأجرة وقد سلم له بدل عمله وهو الربح فيجبر على إتمام العمل. ومن إتمام العمل استيفاء ما وجب من الديون على الناس. وإن لم يكن في المال ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه توكيل محض والوكيل متبرع لا يجبر على إتمام ما تبرع به. ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد فلم يكن لرب المال المطالبة بالديون فيما عنده للمضارب إلا بتوكيله إياه. فأمر بالتوكيل لتصح مطالبة رب المال كيلا يضيع حقه. فإن قيل المضارب يجب عليه رد رأس المال على الصفة التي أخذها فيجب أن يقبضه حتى يكون الرد بمثل ما أخذ. قلنا الواجب عليه رفع يده لا التسليم كالمودع فإذا أحال بطالبه ووكله به فقد أزال يده عنه. وعلى هذا كل وكيل بالبيع إذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على أن يحيل رب المال بالثمن على المشتري. وكذا المستبضع. وأما الذي يبيع بالأجر كالبياع والسمسار فإنه يجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضي والاستيفاء لأنه وصل إليه بدل عمله فهو كالمضارب إذا كان في المال ربح. وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال. لأن الربح تابع ورأس المال أصل لتصور رأس المال بدونه وعدم تصوره بدون رأس المال. لأن الربح تابع ورأس المال أصل والهلاك يصرف إلى التبع دون الأصل كما يصرف الهلاك في مال الزكاة إلى العفو دون النصاب لأن العفو تبع. وإذا زاد الهالك على الربح

فلا ضمان

فلا ضمان على المضارب لأنه أمين فلا يكون ضمينا لما بينهما من المنافاة. وإن اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال أو بعضه ترادا الربح حتى يأخذ رب المال رأس ماله. لأن الأصل أنه لا يصح قسمة الربح حتى يستوفي رب المال رأس ماله لأنه زيادة على الشيء والزيادة على الشيء إنما تكون بعد سلامة الأصل. فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة ظهر أن ما أخذ من رأس المال فيضمن المضارب ما أخذه لأنه أخذه لنفسه. وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله. وإذا استوفى رأس المال فإن فضل شيء كان بينهما لأنه ربح. وإن نقص شيء لم يضمن المضارب لأنه أمين. ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في العقد الثاني لا يوجب انتقاض الأول كما لو دفع إليه مالا آخر. وإذا اقتسما الربح وأخذ رب المال رأس ماله ثم زاد رب المال سدس الربح للمضارب يجوز عند أبي يوسف رحمه الله كالمضارب إذا زاد لرب المال. وعند محمد رحمه الله لا يجوز. لأن العقد لم يبق فلم تصح الزيادة كما لو زاد في الثمن بعد هلاك المبيع أو زاد في الأجر بعد تمام العمل. قلنا العقد انتهى متقررا في نفسه

فصل فيما يفعله المضارب

ويجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من عادة التجار. وقد مر. وليس له أن يبيع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن له الأمر المعتاد فيما بينهم دون ما هو خارج عن عادتهم. ألا ترى أن له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب لجريان العادة في الأول دون الثاني وله أن يستكريها لمكان العادة. وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في المشهور من الرواية لأنه من عادة التجار. وعن محمد رحمه الله أنه لا يملك ذلك بإطلاق العقد لأن الإذن في التجارة مثل المضاربة فلا يملك بمقتضاها. وإن باع شيئا ثم أخر الثمن جاز إجماعا. أما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلأن الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب أحق لأنه شريك أو بعرضية أن يصير شريكا فكان أصيلا من وجه إلا أن الوكيل يضمن إذا أخر والمضارب لا يضمن لأن المضارب يملك أن يقايل العقد ثم يبيعه نسيئة والوكيل لا يملك البيع بالنسيئة بعد الإقالة. وإن ملك الإقالة عندهما. وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأن المضارب يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل فلأنه لا يملك الإقالة. ولو احتال بالثمن على الأيسر أو على الأعسر جاز لأنه يحتاج التجار إليه. بخلاف الأب أو الوصي إذا احتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفهما مقيد بشرط النظر ولا نظر في قبول الحوالة على الأعسر. وأما تصرف المضارب فيبنى على عادة التجار. والأصل أن التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكه المضارب بمطلق المضاربة من غير أن يقول اعمل برأيك كالتوكيل بالبيع والشراء أو الرهن والارتهان لأن الرهن إيفاء والارتهان استيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع

والمسافرة وقسم لا يملكه بمطلق عقد المضاربة ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك
وهو ما يحتمل ان يلحق به لكونه بسبب حصول الربح فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك
كدفع المال الى غيره مضاربة او شركة وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره
فانه لا يملك ذلك بمطلق المضاربة لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو امر زائد
على ما تقوم به التجارة فلم يتناوله مطلق عقد المضاربة ولكنه يحتمل ان يلحق به لانه
من جهة التميز فاذا قيل له اعمل برأيك ملك ذلك وقسم لا يملكه بمطلق العقد
ولا بقوله اعمل برأيك الا ان ينص عليه رب المال وهو ما ليس من المضاربة ولا يحتمل
ان يلحق بها كالاستدانة على المضاربة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير
بعد ما اشترى برأس المال سلعة لان الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل
مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه وعند التنصيص عليه
يعتبر هذا التصرف فيصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس
واحد منهما فيه رأس المال فيكون المشترى بينهما نصفين والدين عليهما نصفين
ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه المضاربة فلم يتغير موجب المضاربة فكان الربح
الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطاه واخذ السفاتج لانه نوع استدانة واعطائها
لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة والهبة والصدقة لانها تبرعات محضة
ولا يزوج عبدا او امة خلافا لابي يوسف رحمه الله فيها وقد مر فان دفع المضارب
مال المضاربة او شيئا منه الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها
ولا تفسد وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة لان رب المال متصرف في مال
نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يفعله في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره
فصار مستردا ولهذا لا يصح شرط العمل عليه ابتداء ولنا ان الشرط هو التخلية
وقد تحققت والابضاع توكيل بالتصرف والتصرف حق المضارب فصح التوكيل به
كما لو وكل اجنبيا ولما صح وكيلا لم يكن اخذه استردادا بل انتقل عمل رب المال الى
المضارب وصار كان المضارب عمل بنفسه فلم تنتقض المضاربة بخلاف ما لو شرط
عمل رب المال ابتداء لان ذا يمنع التخلية التي هي شرط صحة المضاربة ولو دفع المضارب
المال الى رب المال مضاربة لا تصح المضاربة الثانية ولا تفسد المضاربة الاولى عندنا
ويكون الربح بينهما على ما شرطا في المضاربة الاولى وقال زفر رحمه الله تنفسخ المضاربة
الاولى بدفع المال الى رب المال لما مر ولنا ان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال
وعمل المضارب ولا مال للمضارب هنا فتجويزها يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح
الثانية بقي عمل رب المال بامر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى فان سافر المضارب
فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه كراء او شراء في مال المضاربة وان عمل المضارب
في المصر او في قرب المصر فليست نفقته في المال وكذا الدواء لا يكون الا في المال

شركة وجوه صحت الخ

والاصل

والاصل ان النفقة انما تجب بالاحتباس كالمرأة وكذا يستوجب النفقة باحتباسها
في منزل الزوج والقاضي يستوجب الكفاية في مال بيت المال لكونه محبوسا لمصالح العامة
والمضارب في مصره ساكن بالسكنى الاصلي لا للمضاربة فلم تكن نفقته في المال فاما
اذا سافر فقد صار محبوسا بالعمل للمضاربة فوجبت بالعمل في مالها لاجل الاحتباس به
وهذا بخلاف الاجير لانه يعمل ببدل فكان البدل واجبا له لا محالة فلا يتضرر
بالانفاق من مال نفسه اما المضارب فيستحق الربح والربح قد يحصل وقد لا يحصل
فلو اوجبنا النفقة في مال المضاربة كيلا يتضرر بالانفاق من مال نفسه وبخلاف
المضاربة الفاسدة لانه اجير فلا يستوجب النفقة وبخلاف البضاعة لانه متبرع
بالعمل فلا تجب له النفقة وبخلاف البضاعة لانه متبرع بالعمل فلا تجب له النفقة
وبخلاف الشريك لانه لم تجر العادة ان الشريك العامل ينفق على نفسه من مال
الشريك الاخر فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لان الاستحقاق قد تم
ولو كان خروجه دون السفر ان كان بحيث يغدو ثم يروح الى منزله فهو كالسوق لان
اهل السوق يتجرون في المصر ثم يبيتون في منازلهم وان كان بحيث لا يبيت
باهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه قد صار للمضاربة ههنا كالخروج
للسفر والنفقة ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا من الطعام والشراب
والكسوة ومن ذلك غسل ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع
يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق فان قيل اجرة الحمام والحلاق مما لا
يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة ما لا بد للانسان في عموم الاوقات فينبغي ان
لا يكون واجبا كاجرة الحجام والفصاد قلنا انما اوجبناه في مال المضاربة لانه من
صنع التجار فانهم يحلقون رؤوسهم وينظفون ثيابهم وابدانهم عن الاوساخ ويقصون
شواربهم ليزداد الناس رغبة في المبايعة معهم فان الانسان متى كان طويل الشارب
والشعر وسخ الثياب يعد من المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه فاندرج اجرة
الحمام والحلاق تحت النفقة بهذا الاعتبار وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف
حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتبارا للمعتاد فيما بين التجار اما الدواء ففي ماله في ظاهر
الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان الدواء في مال المضاربة لانه
لاصلاح بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة وجه ظاهر الرواية ان الحاجة الى
النفقة معلومة وقوعها بخلاف الدواء لانه بعارض المرض وقد يمرض وقد لا يمرض
فلا يكون من جملة النفقة الا ترى ان نفقة المرأة على الزوج ودواها في مالها فان
ربح المضارب اخذ رب المال ما انفق من رأس المال الذي انفق من رأس المال يدفعه رب
المال اولا ثم يقسم الربحان بقي لان قسمة الربح انما شرعت بعد تسليم رأس المال
فان باع المتاع مرابحة وقد انفق على نفسه وعلى المتاع حسب ما انفق على المتاع من الحمل

وغيره ولا يحتسب ما انفق على نفسه لان الاصل ان كل مؤنة تعارف التجار الحاقها
براس المال في بيع المرابحة فللمضارب ان يضم ذلك الى راس المال فيبيع المتاع مرابحة على الكل
بلا بيان وكل مؤنة لا يتعارفون الحاقها براس المال فليس للمضارب ان يضمها الى راس
المال وقد تعارف التجار بالحاق ما انفقوا على المتاع براس المال فللمضارب ان يضمها
الى راس المال ولم يتعارفوا الحاق ما انفقوا على انفسهم براس المال ولان كل ما يزيد في عين
المبيع كالصبغ ونحوه او في قيمته كالحمل لان القيمة تختلف باختلاف الاماكن تلحق به
وما لا فلا ولا يوجب زيادة في القيمة دون الثاني ولو اشترى بكل راس المال وهو الف ثيابا
واستقرض مائة للحمل فحملها الى مصر رابح على الف ومائة عند ابي حنيفة رحمه الله لانها
قامت عليه بذلك فان باعها بالفين كانت عشرة اسهم من ذلك حصة المضاربة على
شرطها وسهم للمضارب خاصة لانه استقرضه لنفسه والكرى في ماله لان المامور
بالاستقراض يصير مستقرضا لنفسه وكانت حصة ذلك من الثمن له خاصة وعندهما
يبيع الثياب مرابحة على الالف والثمن كله على المضاربة لانه متطوع بالكرى لانه
فعل بغير اذن فصار كاستكراء الاجنبي وذلك لانه يضم اجماعا يكون به متطوعا فان
كان مع المضارب الف فاشترى به متاعا وحمله بماله او قصر وقد قيل له اعمل برايك
فهو متطوع لانه استدان على المضاربة بعد استغراق راس المال فلم ينفذ على رب المال
اذا لم يصرح بالامر فصار به متبرعا وكذا ان زاد المضارب من ماله في ثمن ما اشترى
بمال المضاربة فهو تطوع منه ويلزم الزيادة عليه في ماله دون مال المضاربة لانه لو لزم
المضاربة به صار مشتريا على رب المال بغير رضاه وهو لا يملك ذلك ويبيع مرابحة
على الثمن دون الزيادة وان صبغ ذلك المتاع احمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولم يضمن
المتاع لانه خلط ماله بمال المضاربة اذ الصبغ عين مال قائم فلو بيع المتاع كان ما
يخص قيمة الصبغ للمضارب وما يخص الثوب الابيض على المضاربة حتى اذا كانت
قيمة المتاع غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا ومائتين كان الالف للمضاربة ومائتا
درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل لانه ليس للمضارب
عين مال قائم في المتاع حتى يكون بعض الثمن بازائه وكان جميع الثمن للمضاربة
الا ترى ان الغاصب لو صبغ لم يضيع ماله ولو قصر ضاع ذلك واذا صار شريكا لم يضمن
ذلك المتاع لان قوله اعمل فيه برايك افاد له ولاية الخلط والشركة ولو كان ذلك
لكان لرب المال ان يضمنه والتخصيص بالحمرة لان السواد نقصان عند ابي حنيفة
رحمه الله فاما سائر الالوان فمثل الحمرة

فصل

واذا كان مع المضارب الف
بالنصف فاشترى المضارب به بزا وباعها بالفين ثم اشترى بالفين عبدا فلم ينقد
الالفين حتى ضاع الالفان في يده يغرم رب المال الفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة
ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه لرب المال فاذا هلك الثمن كان ما يخص

الربع

الربع على المضارب وما يخص ثلاثة الارباع على رب المال فالربع الذي صار للمضارب يخرج
عن المضاربة لانه صار مضمونا على المضارب ومال المضاربة يكون امانة بينهما منافاة ويبقى
ثلاثة ارباعه على المضاربة لانه لا ينافي ضمان رب المال المضاربة وصار راس المال الفين
وخمسمائة لان رب المال دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا
على الفين لانه اشترى العبد بالفين فان باع العبد باربعة الاف صار ربع الثمن وهو
الف للمضارب لانه بدل ملكه وثلاثة ارباعه وهي ثلاثة الاف للمضاربة يدفع راس المال
وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة ثم باعه من المضارب بالف
يبيعه المضارب مرابحة بخمسمائة وان اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب
المال بالف ومائتين باعه رب المال مرابحة بالف ومائة واصله ان بيع المرابحة يمتنع بالشبهة
كما يمتنع بالحقيقة ولهذا لا يباع المأخوذ صلحا مرابحة لشبهة الحط فاذا اشترى
رب المال عبدا بخمسمائة فباعه بالف من المضارب فانما اشترى المضارب لرب المال
لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل ولكن لما كان حق المضارب كحق ثالث
صح البيع عندنا خلافا لزفر رحمه الله وبقيت شبهة بطلان البيع فاعتبر اقل الثمنين
في المرابحة بما بنيت على الاحتياط وفي المسالة الثانية وقع العقد لرب المال ولم يقع
للمضارب منه الا قدر مائة فوجب اعتبار المائة هذه وفيما وقع لرب المال لم يعتبر
الربح لما مر من احتمال بطلان العقد الثاني وقد مر تقريره في البيوع وان كان معه
الف فاشترى عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطا امر بالدفع او الفداء فان
دفعا العبد انتهت المضاربة لان العبد بالدفع زال عن ملكهما بلا بدل وكذا ان
فديا خرج عن المضاربة اما حصة المضارب فلانه تقرر ملكه فيه بالفداء فصار
كالقسمة واما حصة رب المال فلانه انما سلم له بضمان الفداء فانه ليس حكم المضاربة
ولان القضاء بانقسام الفداء عليهما يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب بالفداء يوجب
سلامة ما فدي للفادي ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مر لان كل الثمن ثم على
المضارب لانه العاقد فان كان له حق الرجوع على رب المال بالف وخمسمائة فلا
حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزايل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو
الدفع وبالفداء صار كانهما اشترياه والفداء عليهما ارباعا ربعه على المضارب وثلاثة
ارباعه على رب المال لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره وقد كان الملك بينهما ارباعا
لانه اذا صار المال عينا واحدا فقد ظهر الربح وهو الف بينهما والفا لرب المال براس المال
ثم العبد لهما لا على المضاربة يخدم المالك ثلثة ايام والمضارب يوما والمضارب متطوع ان
فدى فان فدى احدهما نصيبه ودفع الاخر صح لان كل واحد منهما مالك لبعضه
فصار كالعبد المشترك وان كان مع المضارب الف فاشترى به عبدا فلم ينقده
حتى هلك الالف يدفع اليه رب المال الفا اخر واذا دفع اليه الفا اخر ثم هلك قبل الدفع

إلى البائع له أن يرجع على رب المال ثم وثم ورأس المال جميع ما دفع فرق بين هذا وبين
الوكيل بشراء عبد بعينه بألف مدفوع إليه فاشترى فهلكت الألف قبل أن ينقده
البائع له أن يرجع على الموكل مرة فحسب والفرق أن المال في يد المضارب أمانة
لأن مبنى المضاربة على الأمانة والاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فلو جعل قبضه
عن الاستيفاء لصار مضمونا وهو مضارب وذا باطل فجعل قبضه ثابتا على جهة الأمانة
دون الاستيفاء فإذا هلك كان الهلاك على رب المال بخلاف الوكيل لأنه أمكن
جعله مستوفيا لأن الضمان لا ينافي الوكالة ألا ترى أن الغاصب إذا توكل ببيع
المغصوب جاز حتى إذا هلك العبد في يد الغاصب بعد ما صار وكيلا ضمن فإذا
اشترى العبد بألف وجب للبائع على الوكيل الثمن ووجب على الموكل مثله فإذا استوفى
حقه من الموكل حمل قبضه على الاستيفاء لا على جهة الأمانة فإذا استوفاه مرة لم يبق
الحق أصلا فإذا هلك المقبوض كان الهلاك عليه لا محالة ثم في الوكالة في هذه الصورة
يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع إليه الموكل الثمن فهلك لا يرجع به على الموكل لأنه
ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء لأنه بالشراء وجب له الثمن على الموكل فجعل مستوفيا
بالقبض بعده فلا يرجع أما المدفوع إليه قبل الشراء فأمانة في يده وهو دائم على الأمانة
بعده لأنه لم يوجد ما يوجب أن يكون مضمونا فلم يصر مستوفيا فإذا هلك يرجع بعد الشراء
عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء لما مر

فصل في الاختلاف

مضارب معه ألفان فقال لرب المال دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال رب المال بل دفعت
إليك ألفين مضاربة فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول لرب المال
وهو قول زفر رحمه الله لأن المضارب يدعي الربح والشركة فيه ورب المال منكر
والقول للمنكر ثم رجع وقال القول للمضارب وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
لأن حاصل اختلافهما في مقدار المقبوض والقابض أحق بمعرفة مقدار المقبوض ألا ترى
أن القول قول الغاصب في مقدار المغصوب فلأن يقبل قول الأمين أولى ولهذا كان
القول له لو أنكر القبض أصلا فكذا في مقداره وإذا اختلف المضارب ورب المال في رأس
المال والربح فقال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال
المضارب رأس المال ألف وشرطت لي النصف فالقول للمضارب في مقدار رأس المال
كما مر من الاختلاف والقول لرب المال فيما شرط من الربح لأنه يستفاد بشرطه
وهو منكر للشرط وأيهما أقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت بينته لأن رب
المال يدعي فضلا في رأس ماله والمضارب يدعي فضلا في الربح والبينات شرعت
للإثبات ولو ادعى المضارب العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص أو ادعى
رب المال المضاربة في نوع وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول
للمضارب لأن الأصل فيه العموم وكان القول لمن يتمسك بالأصل وقال زفر

رحمه الله

رحمه الله القول لرب المال لأن الإذن يستفاد من جهته وصارت كالوكالة ولنا
أن الأصل في الوكالة الخصوص وإن ادعى مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وادعى المالك
بضاعة فالقول لرب المال لأن المضارب ادعى تقوم العمل والشركة في ماله فجعل
القول لرب المال لإنكاره ولو قال المضارب أقرضتني هذا المال وقال رب المال
بضاعة أو وديعة فالقول لرب المال والبينة للذي في يده المال لأنه يدعي عليه التملك
من جهته وهو ينكر فكان القول للمنكر ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب
المال لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من يستفاد الإذن من جهته أحق والبينة للمضارب
لاحتياجه إلى نفي الضمان ولو وقتا وقتا فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين
ينسخ الأول ونفقته عند المضاربة وجعله إذا أبق على رب المال ظهر ربح أو لا لأن ملك
المضارب قبل القسمة متردد وملك رب المال متقرر وينضم إلى رأس المال عند القسمة
وإذا استأجر رجلا عشرة أشهر بأجر معلوم ليشتري له التجارة فإن دفع إليه في
المدة مالا مضاربة بالنصف فعمل وربح فيه فعند أبي يوسف رحمه الله كله لرب
المال وله الأجر المشروط لأنه دفع المال مضاربة إلى من منافعه مملوكة له بالاستئجار
فلا يصح كما لو دفع ذلك إلى عبده ولا دين عليه ولا تنفسخ الإجارة لأنها أقوى
لكونها لازمة والمضاربة غير لازمة وقال محمد رحمه الله له نصف الربح لأنه جعل
بدل منافع العمل في هذه المدة ما سمى من الأجر ولأن جعل بدلها نصف الربح فصح ذلك
ويسقط أجر هذه المدة كما لو دفع إليه غير المستأجر مالا مضاربة فإنها تصح ويسقط
أجر قدر مدة عمله للمضاربة ولو دفع إليه مالا مضاربة بالنصف ليعمل فيه برأيه
فعمل فيه وربح ألفا فدفع ألفا آخر مضاربة بالثلث ليعمل فيه برأيه فخلط خمسمائة
من هذا الألف بالمضاربة الأولى فهلك بعد الخلط فالهلاك من ربح المال الأول فصار
كأنه لم يربح لأن الألف وخمسمائة أصل والألف تبع فإذا وجد الهلاك يصرف
إلى التبع وقال محمد رحمه الله الألف يهلك من ذلك كله بالحساب حتى يكون أربعة
أخماسه من المال الأول وخمسه من المال الثاني لأن الربح يتبع للمال الأول دون المال الثاني
وإن اشترى المضارب بألف أمة أو غنما أو بقرا أو مكيلا أو موزونا يساوي ألفين
له أن يخلطه لظهور الربح ولو اشترى أمتين أو غنما وبقرا أو برا وشعيرا لا لاختلاف
الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح لأنها ليست بتجارة وبعده
ينفذ في حصته ولرب المال فسخها دفعا للضرر عن نفسه كعبد بين شريكين كاتب
أحدهما نصيبه وكما لو كاتب المولى المأذون المديون فإن للغرماء حق النقض
فلو أدى الكل عتق لوجود الشرط ويسلم حظه له والباقي على المضاربة وإن مات
ولم يؤد إن بلغ حظه من كسبه بدل الكتابة أو أكثر مات حرا وأديت كتابته والباقي
من كسبه وإن لم يبلغ مات عاجزا والكل على المضاربة والله سبحانه أعلم

كتاب الوديعة

الإيداع تسليط الغير على الحفظ أي شيء كان
مالاً كان أو غير مال لغة يقال أودعته يده أمانة واستودعته إياه إذا دفعته إليه
ليكون عنده فأنا مودِع ومستودِع بكسر الدال فيهما وهو مودَع ومستودَع بالفتح
فيهما والمال مودَع ووديعة وتسليط المالك الغير على حفظ المال شريعة وركنهما الإيجاب
والقبول وشرطها كون المال قابلاً لإثبات اليد ليتمكن من حفظه حتى لو أودع
الآبق والمال الساقط في البحر لا يصح وكون المودَع مكلفًا شرط لوجوب الحفظ عليه
وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال أمانة عنده وشرعيتها بالكتاب وهو قوله تعالى
إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وأداء الأمانة لا يكون إلا بعدها والسنة
فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يودع ويستودع والإجماع الأمة فالصحابة رضوان الله عليهم
أجمعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا يودعون ويستودعون ولأن قبول الوديعة
من باب الإعانة وهي مندوبة لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولقوله عليه السلام
إن الله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه الوديعة أمانة في يد المودَع فلا يضمن
إن هلك لقوله عليه السلام ليس على المستودع غير المغل ضمان والمغل الخائن والإغلال
الخيانة ولأن المودَع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانًا على المتبرع
إذ لو وجب لامتنع الناس عنه وفيه تعطيل مصالحهم وإن سرقت الوديعة عند المودَع
ولم يسرق معها مال آخر للمودَع لم يضمن عندنا أيضًا وعند مالك رحمه الله يضمن للشبهة
وللمودَع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله من زوجته أو ولده أو والديه أو أجيره والمرعي
في هذا الباب المساكنة لا النفقة حتى لو أودعت المرأة وديعتها إلى زوجها لا يضمن وإن لم
يكن الزوج في نفقتها لما كان ساكنًا معها والابن الكبير إذا كان يسكن مع المودَع ولم
يكن في نفقته فخرج وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد التلميذ الخاص الذي
استأجره مشاهرة أو مسانهة وأما الأجير يعمل من الأعمال فكسائر الأجانب
يضمن بالدفع إليه لأن المطلوب منه حفظ الوديعة على وجه يحفظ مال نفسه
والإنسان يحفظ ماله بنفسه تارة وبيد من في عياله أخرى فمتى أتى بالحفظ المعتاد
لم يكن خائنًا فلا يضمن ولأنه لا يجد بدًّا منه فإنه إذا خرج من داره في حاجته
لا يمكنه أن يحملها مع نفسه فيضطر إلى أن يخلفها في بيته وإذا خلفها في بيته
صارت في يد امرأته حكمًا وكان هذا مما لا بد منه فصار مأذونًا فيه دلالة
فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضي بحفظه وبيده ولم يرض
بحفظ غيره ويد غيره فيضمن بالتسليم إليه ولأن الشيء لا يستتبع مثله فالوكيل
لا يملك أن يوكل غيره بخلاف المستعير لأنه مالك وكلامنا في غيره والوضع
في حرز غيره إيداع لأن الحرز في يد ذلك الغير فصار بالوضع في الحرز مسلّمًا إليه
إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظًا بحرز نفسه فلا يضمن إلا أن يقع في داره حريق

غالبًا فخاف على الوديعة فيسلمها إلى جاره أو تكون في فلك فخاف الغرق فيلقيها
إلى سفينة أخرى لأنه تعين طريقًا للحفظ في هذه الحالة إذ لا يمكنه أن يحفظ
في هذه الحالة إلا بهذا الطريق فصار مأذونًا فيه دلالة وقيل هذا إذا أحاط
الحريق بمنزل المودَع فإن لم يكن أحاط بمنزله ضمن ولا يصدق على العذر حتى يقيم
البينة لأن الإيداع سبب للضمان فإذا ادعى عارضًا مسقطًا للضمان فلا تقبل
إلا ببينة كما لو ادعى على المالك الإذن في الإيداع وإن طلبها ربها فمنعها وهو
يقدر على تسليمها ضمنها لأنه إذا طلبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فإذا لم يردها
عليه فقد أمسكها بغير إذنه فيضمن فإن خلطها المودَع بماله حتى لا تتميز
ضمنها اعلم أن الخلط على أربعة أوجه خلط بطريق المجاورة مع تيسير التمييز
كخلط الدراهم البيض بالسود والدراهم بالدنانير والجوز باللوز وإنه لا يقطع
حق المالك بالإجماع لتمكن المالك من الوصول إلى عين ملكه بلا حرج وخلط
بطريق المجاورة مع تعسير التمييز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع
حق المالك ويوجب الضمان لأنه لا يصل المالك إلى ملكه إلا بحرج والشعير
لا يخلو عن حبات الحنطة فتعذر التمييز حقيقة فتعذر حكمًا بالقسمة
لاختلاف الجنس لأن القسمة عند الاختلاف غير مشروعة وقيل لا ينقطع
حق المالك عن المخلوط هنا بالإجماع ويكون له الخيار وقيل القياس أن يصير
المخلوط ملكًا للخالط عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير وخلط
الجنس بخلاف الجنس ممازجة كخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه وإنه
يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان بالإجماع لأن هذا الخلط استهلاك حقيقة
لأنه أعجز المالك عن الانتفاع بعين حقه وكذا حكمًا لتعذر القسمة باختلاف
الجنس وخلط الجنس بالجنس ممازجة أو مجاورة كخلط دهن اللوز بدهن اللوز
أو دهن الجوز بدهن الجوز أو اللبن باللبن أو الحنطة بالحنطة أو الشعير بالشعير
أو الدراهم البيض بالدراهم البيض أو السود بالسود فعند أبي حنيفة رحمه الله
هو استهلاك مطلق لا سبيل لصاحبه إلى تضمين المودَع فصار المخلوط ملكًا
للخالط وعندهما لا ينقطع ملك المالك عن المخلوط بل له الخيار إن شاء ضمن
الخالط مثله وإن شاء شاركه في المخلوط لهما أن هذا الخلط استهلاك من
وجه دون وجه لأن بعد هذا الخلط إن تعذر على المالك الوصول إلى عين ماله
حقيقة لم يتعذر حكمًا والقسمة إذ القسمة فيما يكال أو يوزن إفراز وتعيين
بالإجماع ولهذا يملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصة نفسه بلا رضا
وقضاء وإذا كان استهلاكًا من وجه دون وجه فإن شاء مال إلى جانب الهلاك
فضمنه مثله وإن شاء مال إلى جانب القيام وشاركه في المخلوط وله أنه

استهلاك من كل وجه لانه يتعذر على المالك الوصول الى عين ماله حقيقة
وليس له استهلاك الا هذا لان اعدام المحل لا يتصور هنا ولهذا كان له حق
التضمين بالاجماع وهو امارة الاستهلاك واما القسمة فليست بموصلة الى عين
حقه ولكن جعلت طريقا للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة
واذا كانت بناء على الشركة وحكما لها فلا تصلح علة موجبة للشركة لان حكم
العلة لا يكون علة العلة وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا ابرأ الخالط فعند ابي يوسف
رحمه الله لا يبقى له على المخلوط سبيل لانه لا حق له الا في الضمان وقد بطل بالابراء وعندهما
بالابراء تنقطع حقه من الضمان فتتعين الشركة في المخلوط وهذا اخلط الدراهم
من غير اذابة اما اذا اذابهما فجواب ابي حنيفة رحمه الله لا يختلف بل ينقطع الملك بكل
حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجعل الاقل تابعا للاكثر وقال محمد رحمه الله
شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما اذا اشرب صبي لبن امرأتين
وقد مر تحقيقه في الرضاع وكذلك ابو يوسف رحمه الله في كل مائع خلطه
بجنسه يعتبر الاكثر وابو حنيفة رحمه الله يقول بانقطاع حق المالك في الكل
ومحمد رحمه الله بالشركة في الكل فان اختلطت بماله بغير فعله فهو شريك لصاحبها
كما اذا انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فانه لا يضمن لعدم الصنع
الموجب للضمان منه فيشتركان بالاتفاق وهذه شركة اختلاط حتى لو هلك
بعضها هلك من مالهما ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما ولو انفق
المودع بعضها ضمن ما انفق منها ولم يضمن كلها وعند مالك والشافعي رحمهما الله
يصير ضامنا للكل لانه بالجناية على الامانة تجب الغرامة ولنا ان الضمان
يجب بقدر الجناية وقد خان في البعض دون الكل فاذا جاء بمثل ما انفق صار دينا
في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بعين مخصص من صاحبه فيكون خلطا لماله بملك
نفسه فهو موجب للضمان عليه نعم يد المودع كيده لكن فيما فوض اليه وهو
الحفظ لا في الخلط وان تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او
ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها
الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
قد ارتفع بالخلاف بدلالة صيرورة المحل مضمونا عليه والضمان والامانة لا يجتمعان
فاذا صار ضامنا لم يبق امينا واذا ارتفع العقد لا يعود الا بسبب جديد ولم
يوجد فلا يبرأ عن الضمان ولنا ان الايداع مطلق فكان باقيا بعد الخلاف
وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول جميع اوقات ما قبل الخلاف وما
بعده ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما وضع لابطاله او بما ينافيه والاستعمال
ليس بموضوع لابطال الايداع وهو لا ينافيه ولهذا صح الامر بالحفظ مع الاستعمال

ابتداء

ابتداء بان يقول الغاصب اودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر بالحفظ
باقيا فقد رده بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه فاذا بقي الامر والحفظ للمالك
بامره يكون امينا فيه فلا يضمن بالهلاك وقوله العقد قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد
ما كان باعتبار معنى صادف العقد بل ضرورة فوات موجب العقد وهو الحفظ
للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة فيظهر ارتفاع العقد في قدر
ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان وهو كمن استاجر رجلا لحفظ
متاعه شهرا فترك الحفظ في بعض الشهر ثم حفظه في الباقي فان العقد يرتفع
بقدر ما وجد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان فكذلك هنا فاما المستاجر
والمستعير اذا تعدى ثم ازال التعدي لا يبرأ من الضمان خلافا لزفر رحمه الله له
الاعتبار بالوديعة ولنا ان البراءة انما تكون بالاعادة الى يد المالك حقيقة او تقديرا
ويد المستاجر والمستعير يد نفسه فانه يستوفي المنافع المملوكة له من المحل والمالك
فيما يتصرف في المحل يكون عاملا لنفسه لا لغيره فلا يبرأ عن الضمان وان طلبها
صاحبها فجحدها ضمنها لان المالك عزله عن الحفظ حين طالبه بالرد فهو بالامسا ك
بعده غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار بعد جحوده عند المالك لم يبرأ عن الضمان
لان العقد ارتفع فلا يعود الا بالتجديد ولم يوجد فلا يبرأ عن الضمان وهذا لان
المطالبة بالرد رفع من جهة المالك والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل
الوكالة وجحود احد العاقدين البيع فتم الرفع منهما ولان المودع ينفرد بعزل
نفسه بحضرة المالك كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا انفسخ العقد
لا يعود بلا اعتراف لان المنفسخ لا يعود الا بالتجديد بخلاف الخلاف ثم العود
الى الوفاق لان العقد باق اذ الخلاف ليس برجوع للامر لان الامر قول ورد القول بقول
مثله اما الجحود فهو قول ورد للامر لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك في ملكه
لا يكون مامورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه اوامر الشرع فالجحود فيها رد حتى
لو انكر امر الله تعالى يكفر والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلاة لا يكفر
ولو جحدها عند غير صاحبها بان قال له اجنبي للمودع اعندك وديعة لفلان فقال لا
لا يضمن وعند زفر رحمه الله يضمن لان الجحود سبب الضمان سواء كان عند
المالك او عند غيره كالاتلاف حقيقة ولنا ان الجحود عند غير المالك من الحفظ
لانه يقطع به طمع الطامعين عنها فلا يضمن به ولان المالك ما عزله عن الحفظ
وهو لا يملك عزل نفسه بغيبته منه او طلبه لان العقد ما قام به وحده وانما
قام بهما فلا ينفسخ الا بهما فبقي العقد وباعتبار بقائه بقيت يد المالك في العين
وللمودع ان يسافر بالوديعة اذا كان الطريق امنا بان لا يقصده احد غالبا ولو قصده
يمكنه دفعه بنفسه وبرفقته السفر ولم ينهه المودع عنها وان كان له حمل ومؤنة

وقالا ليس له ذلك إذا كان له حمل ومؤنة. وقال الشافعي رحمه الله ليس له ذلك
في الوجهين لأن المطلوب منه الحفظ المتعارف وذا بالأمكنة والبيوت دون
المفاوز. لأن أسباب الصيانة تتهيأ في الأمصار من كل وجه وفي غيرها يتهيأ من
وجه دون وجه بل فيها تعريض لها على التوى. قال عليه السلام المسافر وماله
على قلت إلا ما وقاه الله تعالى وهو سبب الضمان ولهذا لو استأجر جملا لحفظ متاعه
شهرا بدرهم فسافر بالمال يضمن. ولهما أنه يلزم صاحبها مؤنة الرد فيما له حمل
ومؤنة ولا ولاية له في إلزام المؤنة عليه لأن فيه إضرارا عليه. وله أن الأمر بالحفظ
صدر مطلقا من غير تقييد بمكان فلا يتقيد بمكان دون مكان كما لا يتقيد بزمان
دون زمان والمفازة محل للحفظ إذا كان الطريق آمنا. فكان الحفظ فيه كالحفظ
في المصر. والكلام فيه حتى لو لم يكن آمنا او نحوا يضمن. ولهذا يملك الأب والوصي في مال
الصبي مع أن ولايتهما نظرية. وما يلحق المالك من المؤنة فمن ضرورة امتثال أمره
فلا يعد ذلك إضرارا به. والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم فيه. ومن يكون في المفاوز
يحفظ ماله فيها كأهل الخيام والأخبية. بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد
معاوضة فاقتضى التسليم في مكان العقد وهذا إذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه
بل أطلق الحفظ إطلاقا. فإن عين المالك عليه الحفظ في المصر فسافر إن كان سفرا
له منه بد ضمن وإن كان سفرا لا بد له منه. فإن أمكنه الحفظ في المصر مع السفر
فإن أمكنه أن يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وإن لم يمكنه ذلك
لا يضمن. ولو نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد لأن
الحفظ في المصر أبلغ ظاهرا. وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما وطلب
نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله. ولو فعل ضمن
نصفه وقالا يدفع إليه نصيبه ولا يضمن. وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا
ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك. ومن المشايخ
من قال الاختلاف فيما هو من ذوات الأمثال وفيما هو من ذوات القيم سواء.
والصحيح أن الاختلاف فيما هو من ذوات الأمثال كالمكيلات والموزونات. وفيما
عداها من الثياب والدواب والعبيد فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه بالإجماع. ولهما
أن كل واحد من المودعين مالك لنصيبه حقيقة فلا يتعداه فيقبض نصيبه بغيبة
الآخر كالشريكين في الدين إذا حضر أحدهما كان له أن يطالب المديون بنصيبه
ويقبض نصيبه. وهذا لأن الحاضر طلب منه تسليم نصيبه فلزمه الاخر تسليمه ولهذا
كان له أن ينفرد بأخذ نصيبه مع غيبة صاحبه. فكذا للمودع أن يدفع إليه نصيبه
ومذهبه مروي عن علي رضي الله عنه. ولأنه لو دفع شيئا إلى الحاضر فإما أن يكون
المدفوع من نصيبهما أو من نصيب الحاضر خاصة ولا وجه إلى الثاني لأنه لا يكون إلا بعد

قسمة

قسمة معتبرة وليس للمودع ولاية على الغائب في القسمة. ولهذا لا تصح قسمته ولا يقع
دفعه قسمة بالإجماع. فإنهما قالا لو أخذ نصيبه ثم هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب
له أن يشارك في المقبوض فثبت أن القسمة ليست بنافذة ولا وجه إلى الأول لأن المودع
يصير دافعا مال الغير بغير إذنه وإنه لا يجوز. وإن كان للحاضر أن يأخذ نصيبه
لا يكون للمدفوع للمودع أن يدفع إليه حصته. ألا ترى أن رب الدين إذا طلب من المودع الد يون
أن يقضي دينه من الوديعة لا يؤمر المودع بذلك فإن كان لرب الدين أن يأخذه إذا ظفر
به وهو من جنس حقه. وهذا بخلاف الدين المشترك لأن المديون إنما يقضي الدين
من ملك نفسه إذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها ودفعه نصيبه الحاضر إليه يصرف
في ملكه وليس فيه قسمة على الغائب أما المودع فيدفع مال الغير. ألا ترى أن الرجل
إذا غاب وله عند إنسان وديعة ودين فجاء رجل وقال إن فلانا وكلني بقبض
وديعته ويقبض ما له عليك من الدين فصدقه أمر بتسليم الدين دون الوديعة. وفيه
حكاية. فإن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامي ألفا فخرج أحدهما فطلبه فأعطاه نكتة
ثم خرج الآخر فطالبه به فتحير الحمامي فذهب إلى أبي حنيفة رحمه الله. فقال له
أبو حنيفة قل له كذا كما أودعتما فلا أعطيك حتى تحضر صاحبك. فانقطع الرجل وترك
الحمامي. وإن أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل واحد
منهما نصفه لأن المالك رضي بحفظهما واجتماعهما على حفظ الكل متعذر فيؤمران
بالقسمة. لأن المالك إذا أودعهما مع علمه بأنهما لا يقدران على أن يتركا جميع أشغالهما
ويجتمعا في مكان واحد للحفظ فقد صار راضيا بقسمتهما وحفظ كل واحد منهما النصف
دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا. فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر ضمن عند
أبي حنيفة رحمه الله. وإن كان مما لا يمكن قسمته فلكل واحد منهما أن يسلمه إلى الآخر
وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما إلى الآخر ما يمكن
قسمته ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر فيما يقسم
أيضا. لأن المالك رضي بأمانتهما فهذا الذي دفعه إليه كان المالك راضيا بثبوت
يده عليه وحفظه كما فيما لا يحتمل القسمة. وله أن المالك رضي بحفظهما لا بحفظ
أحدهما كله. وهذا لأن الأصل أن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزي
تناول البعض لا الكل. فإذا سلم الكل إلى الآخر فلم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض
لأن مودع المودع لا يضمن عنده. فأما فيما لا ينقسم فالمالك رضي بثبوت يده على الكل
لأن المالك إذا أودعهما مع علمه أنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما
المهايأة فقد صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه. وإذا أودعه وديعة وقال
لا تدفعها إلى امرأتك وعبدك وولدك وأجيرك وهم في عياله فأبى بمنعهم عليها فدفعها
إلى من نهاه عنه فهلكت. فإن كان يجد بدا من الدفع إليه بأن كان له سواه أهل

وخدمه فهو ضامن. وان كان لا يجد بدا من ذلك الدفع اليه لم يضمن لان شرطه
هذا مفيد. وقد يأمن الانسان الرجل على المال ولا يأمن من في عياله. الا انه انما يلزمه مراعاة
شرطه بحسب الامكان. فان كان يجد بدا من الدفع الى من نهي عنه فهو متمكن
من حفظها على الوجه المأمور به فيضمن بحفظها على الوجه المنهي عنه. وان كان لا يجد
بدا من ذلك لم يضمن لانه لا يمكنه الحفظ الا به فلم يمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط
فلم يعتبر التقييد فبطل وصار كانه قال لا تحفظ لانه اذا لم يمكنه الحفظ دونه صار
النهي عن الدفع اليه كالنهي عن الحفظ فصار مناقضا لاصله فبطل. وهذا كمن اودع دابة وقال
لا تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة شيء يحفظ في يد النساء والرجل
ممن لا يجد بدا عنها فهذا الشرط يناقض اصله فصار باطلا. وان قال احفظها في هذا
البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن وان حفظها في دار اخرى ضمن. وفي الجامع
الصغير وان امره بالحفظ في دار بعينها ونهاه عن الحفظ في دار اخرى فحفظها في دار اخرى
ضمن وان امره بالحفظ في بيت من دار ونهاه عن الحفظ في بيت آخر من تلك الدار فحفظ
في بيت آخر لا يضمن. والاصل ان الشرط انما يصح اذا كان مفيدا والعمل به ممكنا
والنهي عن الوضع في دار اخرى مفيد لان الدارين مختلفان في الامن والحفظ فصح الشرط
وصح النهي لانه مفيد وامكن العمل به. فاما البيتان في دار واحدة فقلما يختلفان في الحرز
فالتمكن من الاخذ من احد البيتين يكون متمكنا من الاخذ من البيت الآخر فصار الشرط
غير مفيد وتعذر العمل به ايضا فلا يعتبر كما لو قال احفظها بيمينك دون يسارك
الا ترى انه لو قال احفظها في هذا الصندوق في هذا البيت لا يضمن. لان تعيين الصندوق
في هذه الصورة شرط لا يفيد. لان الصندوقين في بيت واحد لا يتفاوتان. حتى
لو ظهر التفاوت بين البيتين بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي
نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط. ومن اودع رجلا وديعة فاودعها المودع
آخر من غير عياله فهلكت ضمن الاول دون الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله. وعندهما
له ان يضمن ايهما شاء. لان الاول جان بالتسليم بغير اذن المالك والثاني متعد بالقبض
بغير اذن المالك فللمالك ان يضمن ايهما شاء كغاصب الغاصب ومودع الغاصب
والمشتري من الغاصب. فان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه بالضمان ملكه
فتبين انه اودع ملك نفسه وقد هلك في يد المودع. وان ضمن الثاني رجع
على الاول لانه في القبض والحفظ كان عاملا له فيرجع عليه بما ضمن بسببه. وله
ان المال وصل الى الثاني من الامين فلا يضمن كما لو فعله بامر صاحب المال. وهذا
لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع ما لم يفارقه. لان الحفظ لا يفوت ما دام في مجلسه والمالك
انما رضي بحفظه ورأيه لا بصورة يده بدليل انه لو سلمها اليه ليحفظها بحضرته فهلكت
لم يضمن واحد منهما فصار بنفس الايداع لا ينقطع رأي الاول مطلقا له فلم يضمن به.

فاذا

فاذا فارق الاول الثاني فانما يضمن بالتضييع بترك الحفظ الملتزم بالعقد حين فارقه. فاما
الثاني فما ترك الحفظ بعد الافتراق بل هو باق على الحالة الاولى. ولم يفوت حفظا
التزمه بعقد ولم يوجد منه صنع يجب به الضمان بعده فلا يضمن. فصار هذا في حقه كثوب
هبت به الريح والقته في حجره فاذا هلك من غير صنعه لم يضمن. فان قيل الاول انما
يصير مضيعا بالمفارقة لان الثاني يصلح حافظا وامينا فانه لا يضمن كما لو اودعه عند
عياله ففارقه. فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من ضرورته ان يضمن الثاني
قلنا رب المال لو قال للاول لك ان تدفعه الى غيرك لكن بشرط ان لا تفارقه ففارقه
ضمن الاول دون الثاني. وهذا نظير مسئلتنا فصار الثاني مودعا منفردا في حق نفسه
لانه لم يقبض بنفس الابتداء جناية بل صار داخلا فيه ولا استعجال حضر ثم حصلت الوديعة
في يد الثاني امانة فلا يضمن بالاستهلاك. رجل في يده الف فادعاه رجلان كل واحد منهما
يدعي انه له اودعه اياه وابى ان يحلف لهما فالالف لهما وعليه الف آخر بينهما لانه صحت
دعوى كل واحد منهما فتوجهت اليمين لهما. وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده
لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده. والمسئلة على اربعة اوجه. لانه اما ان يحلف لكل
واحد منهما او يحلف للاول وينكل للثاني او بالعكس او ينكل لهما. فان حلف لكل واحد
منهما فلا شيء لهما. وان حلف للاول ونكل للثاني فالالف له ببذله او باقراره. وان نكل
للاول وحلف للثاني فالالف للاول ولا شيء للثاني. وان نكل للثاني ايضا فالالف
بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وعليه الف آخر بينهما. لان
نكوله اوجب لكل واحد منهما كل الالف كان ليس معه غيره. فاذا صرفه اليهما
فقد صرف نصف نصيب هذا الى هذا ونصف هذا الى هذا فيغرم ذلك. وينبغي للقاضي
ان لا يقضي بالنكول للاول حتى يحلف للثاني حتى يظهر له وجه الحكم. وهذا بخلاف ما اذا اقر
لاحدهما فانه يقضي بالالف للمقر له. لان الاقرار حجة موجبة بنفسه لا يتوقف على القضا
فحين اقر به للاول ثبت الحق له فيؤمر بالتسليم اليه. فاما النكول فانما يصير حجة بالقضا
باعتباره معترفا او باذلا. فحين نكل للاول لم يثبت الحق له فلا يقضى له. فلو قضى القاضي للاول
حين نكل مع انه ليس له ذلك لا ينفذ قضاؤه. حتى لو حلفه للثاني بعده فنكل يكون الالف
بينهما ويغرم الفا آخر بينهما. لان تقديم اليمين لاحدهما اما ان يقع باختيار القاضي لان
للقاضي ان يبتدئ بايهما شاء لتعذر الجمع بينهما وعدم الرجحان لاحدهما او بالقرعة تطييبا
لقلبيهما ونفيا لتهمة الميل. وكل واحد منهما لا يصلح لابطال حق او ايجاب حق فلم يكن
القضا للاول مبطلا حق الثاني. ووضع الخصاف رحمه الله المسئلة في العبد. وقال لو قضى
بنكوله للاول ينفذ قضاؤه. لان القضا وقع في محل الاجتهاد. فان من العلماء من يرى
بان المدعى عليه متى نكل لاحدهما فالقاضي يقضي به للاول ولا ينتظر تحليفه للثاني لان
النكول اقرار ثم لا يحلف للثاني لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول. وينبغي ان

يحلفه عند محمد رحمه الله بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يحلفه بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة لفلان ثم قال لا بل أودعنيه فلان ودفع إلى الأول بقضاء يضمن عند محمد رحمه الله لأنه أقر بلزوم الحفظ ثم عرضه التلف بإقراره. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يضمن لأن الدفع بإكراه القاضي وقد تعذر في الإقرار. وإن ادعى كل واحد منهما الوديعة في هذا العين فأقر به لأحدهما ودفعه إليه فعند أبي يوسف رحمه الله ليس للآخر أن يستحلفه. لأنه أقر به لا يلزمه الضمان لأن الإتلاف على الآخر إنما حصل بدفع العبد إلى المقر له والدفع حصل بالقضاء فلا يكون موجبا عليه الضمان فإذا أنكر لا يستحلف. وعند محمد رحمه الله يستحلفه لأنه حين أقر به يلزمه الضمان. فإذا أنكر يستحلف لأنه بعقد الوديعة التزم الحفظ والتزم الضمان بترك الحفظ. فمتى أقر به لإنسان فقد سلطه على الأخذ فصار تاركا للحفظ الواجب عليه بالعقد فيضمن كما لو دل سارقا على السرقة فإذا أنكر يستحلفه. حر أودع عبدا محجورا عليه وديعة فدفعها العبد إلى عبد محجور آخر فضاع عند الثاني فله أن يضمن الأول بعد عتقه لأنه سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل شرط الضمان في حق المولى ولا يضمن الثاني لأن مودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا لم يجن كذا في الجامع الكبير لفخر الإسلام وشمس الأئمة السرخسي وغيرهما رحمهما الله. وذكر في الحصر والمختلف نقلا عن الجامع الكبير وله أن يضمن الثاني في الحال لأنه لم يسلطه ولم يرض بقبضه فضمن بفعله وهو مؤاخذ بأفعاله في الرق. وعند أبي يوسف رحمه الله له أن يضمن أيهما شاء في الحال. لأن المحجور المودع يضمن بالإتلاف عنده. ودفعه إلى غيره بغير إذن المالك إتلاف وكذا قبض الثاني سبب الضمان. وعند محمد رحمه الله ليس له أن يضمن الأول ما لم يعتق لأنه مع أبي حنيفة رحمه الله في إيداع العبد المحجور ولا يضمن الثاني أيضا ما لم يعتق واحد منهما. لأنه لو ضمنه لكان له أن يرجع على الأول لأنه استعمله. فيصير كتضمين المودع قبل العتق وهو لا يقول به. ولو أودع رجل عند عبد محجور وديعة فأودع هذا العبد عند عبد محجور آخر ثم أودع الثاني عند الثالث فهلك عند الثالث فلا ضمان على الثالث وإن أعتق لأنه مودع المودع وهو غير ضامن عنده وهو يضمن الأول بعد عتقه والثاني في الحال لأنه استهلكه بدفعه إلى الثالث ومودع المودع يضمن عنده إذا جنى. وعند أبي يوسف رحمه الله له أن يضمن أي الثلاث شاء في الحال لأن الأول ضمن بتسليم مال غيره بغير إذنه. وعند محمد رحمه الله لا ضمان على الأول ما لم يعتق لأنه مع أبي حنيفة رحمه الله في إيداع العبد المحجور. وله أن يضمن الثاني والثالث في الحال لفعلهما من غير تسليط من المالك. ولو قال المودع لرب الوديعة قبضت بعض وديعتك ثم مات المودع فقال صاحبها لم أقبض شيئا أمر ببيانه لأنه قد ثبت

قبض

قبض شيء بقول المودع لأن قوله نافذ عليه كأنه بنفسه فعليه بيانه. وإن قال قبضت مائة وقال الورثة تسعمائة فالقول للمالك مع يمينه لأنه ينكر الزيادة. وكذا لو أقر المالك في حياته أو بعد موته بقبض البعض. والله أعلم.

كتاب العارية

يقال استعرت منه الشيء فأعارنيه واستعرته إياه على حذف الجار وهي مشتقة من التعاور وهو التناوب. فكأنه يجعل للمستعير نوبة في الانتفاع بملكه على أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء. ولهذا كانت الإعارة في المكيل والموزون قرضا لأنه لا ينتفع بهما إلا بعد استهلاك العين فلا تعود النوبة إليه في عينه ليكون إعارة حقيقة. وإنما تعود النوبة إليه في المثل. وما يملك الإنسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضمونا عليه يكون قرضا. وشرعيتها بالكتاب لأنها إعانة بمنفعة ماله وإحسان وكلاهما منصوص. فإنه عد مانع العواري بقوله تعالى ويمنعون الماعون. فقد جاء في التفسير أنه منع العواري. ولما كان المنع مذموما كان الإعطاء محمودا. والسنة فقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وإجماع الأمة. وهي تمليك المنفعة بلا عوض. وقال الشافعي والكرخي رحمهما الله هي إباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة. ولهذا انعقد بلفظ الإباحة ولا يشترط إعلام مقدار المنفعة ببيان المدة. والمنافع لا تصير معلومة إلا بذكر المدة. والجهالة تمنع صحة التمليك ولا تمنع صحة الإباحة. وتبطل الإعارة بالنهي ولو كانت تمليكا لما بطلت بالنهي كالهبة والإجارة. ولا يملك المستعير الإجارة من غيره ومن ملك شيئا بغير عوض ملك تمليكه بعوض وبغير عوض كالهبة كالموهوب. ولنا أنها تنبئ عن التمليك لأنها من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض فالعارية في المنفعة كذلك. ولهذا انعقد بلفظ التمليك بأن يقول ملكتك منفعة داري هذا الشهر واختصت بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وما يجوز تمليك منفعته بعوض كعقد الإجارة. ولأن المنفعة تحتمل التمليك بعوض دفعا للحاجة فتحتمل التمليك بغير عوض كالعين فنزلت الإعارة من الإجارة منزلة الهبة من البيع في الأعيان وانعقاد الإعارة بلفظة الإباحة لأنها استعيرت للتمليك كما في الإجارة فإنها تنعقد بلفظ الإباحة مع أنها تمليك المنفعة. وإنما صحت الإعارة مع جهالة المدة وإن لم يصح التمليك مع جهالة المدة لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن للمعير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير لازمة. والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد. بخلاف المعاوضات لتعلق صفة اللزوم فاشتراطها لم يقطع المنازعة. ولأن الملك إنما يثبت عند اتصال القبض وهو الانتفاع. وعند القبض معلوم والجهالة قبله لا تفضي إلى المنازعة. ولهذا لو علمت المنفعة بالتسمية في الإجارة لا يشترط فيها ضرب المدة كما في الصبغ والخياطة والنهي منع عن التملك فلا يتحصل المنفعة على ملكه لكونه دليل الرجوع والاسترداد

المحيط

لا أنها لا الملك بغير ثبوته • وإنما لا يملك الإجارة لما فيه من إلحاق الضرر بالمعير • فإنه ملكها
على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء ولو صحت الإجارة منه لم يتمكن من الاسترداد
لأنها لازمة حينئذ لكونها بتسليط المعير • فهو نظير ما لو استأجر دابة أو ثوبا ليس له
أن يؤاجر من غيره لئلا يتضرر المؤجر • وتصح بأعرتك لأنه تصريح فيها • وأطعمتك أرضي
لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه • وإن أضيف إلى ما لا يطعم
كالأرض فمراده به أكل غلتها إطلاقا لاسم المحل على الحال • ومنحتك ثوبي أو جاريتي هذه
لأنه إذا أضيف إلى ما ينتفع به مع بقاء عينه فهي هبة وإن أضيف إلى ما ينتفع فيه مع بقاء
عينه فهي عارية • وحملتك على دابتي هذه • لأنه يقال في العرف حمل فلان فلانا على دابته
ويراد به الإعارة • لأن الحمل هو الإركاب حقيقة فكان عارية • وقوله في الهداية
ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة لأنهما لتمليك العين
وعند عدم إرادته الهبة يحمل على تمليك المنافع بحوث أشكل من وجوه • أحدها أنه قال
إذا لم يرد به الهبة • وكان ينبغي أن يقول إذا لم يرد بهما بدليل التعليل ويمكن أن يجاب
عنه بأن الضمير يرجع إلى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك • وثانيها أنه جعل
هذين اللفظين حقيقة لتمليك العين ومجازا لتمليك المنفعة • ثم ذكر في كتاب الهبة
في بيان ألفاظها وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة وعلل بأن الحمل هو الإركاب
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة • وثالثها أنهما لما كانا لتمليك العين حقيقة
والحقيقة تراد باللفظ بلا نية • فعند عدم إرادة الهبة لأنه إذن في استخدامه وداري
لك سكنى فإنها وإن كانت لتمليك العين ظاهرا فهي تحتمل تمليك المنفعة وقوله سكنى
محكم في العارية فحملنا المحتمل على المحكم • وكأنه قال سكناها لك • وداري لك عمرى
سكنى • يقال أعمره الدار أي قال له هي لك مدة عمرك والعمرى اسم منه فيصير
معناه جعلت سكناها لك مدة عمرك • وللمعير أن يرجع في العارية متى شاء لقوله
عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة • ولأن المنافع تحدث شيئا فشيئا
وثبوت الملك فيها بحسب حدوثها والرجوع بالإضافة إلى المنافع التي لم تحدث تكون
امتناعا عن التمليك وله ولاية الامتناع • والعارية أمانة إن هلكت بلا تعد لم يضمن
سواء هلكت من استعماله أو لا • وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم
وقال الشافعي رحمه الله إن هلكت من الاستعمال المعتاد لم يضمن • وإن هلكت لا في حال
الانتفاع يضمن وهو قول ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم لقوله عليه السلام
العارية مضمونة • ولأنه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق • فكان مضمونا
عليه كالمقبوض على سوم الشراء والمستقرض • بخلاف المودع لأنه ما قبض لنفسه
بل لمنفعة المالك وهو الحفظ • ولهذا لا تلزمه مؤنة الرد • وبخلاف المستأجر لأنه
مستحق • ولهذا يجبر المؤجر على تسليم الدار • ومتى سلم لا يملك الاسترداد حتى تمضي

مدة

مدة الإجارة والموصى له بخدمة العبد • فإن العبد لا يصير مضمونا عليه وإن قبضه لنفسه
لأن قبضه مستحق ولهذا يجبر الورثة على تسليم العبد إليه • ولا يلزم ما أنه مأذون
بالقبض لأنه إنما ثبت الإذن بالقبض ضرورة الانتفاع • إذ لا يمكنه الانتفاع إلا بقبض العين
والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حالة الانتفاع لا في غير حالة الانتفاع فبقي
القبض في غير حالة الانتفاع غير مأذون فيه فيضمن • ولأن قبض العارية يوجب ضمان
الرد حال قيام العين فيوجب ضمان القيمة حال هلاك العين كقبض الغصب • ولنا قوله
عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان • فإن قيل نحمل الحديث على الهلاك في حال
الانتفاع ليكون توفيقا بين الحديثين ودفعا للتعارض قلنا ما رويتم محمول على
ضمان الرد • وهذا على ضمان العين فلا تعارض ولأنه قبض العين للانتفاع به بإذن صحيح
من المالك فلا يكون مضمونا عليه كالمستأجر • وهذا لأن الضمان إنما يجب بالالتزام بالعقد
أو بتفويت شيء على المالك جبرا والعقد تبرع فلا يكون عقد ضمان كالهبة والتفويت معدوم
لوجود الإذن • وقوله الإذن للانتفاع قلنا الحاجة إلى اعتبار الإذن لم تزل لأن وصفه
التعدي عن القبض والتعدي لا يبقى مع الإذن سواء حصل القبض للانتفاع أو لغيره ولأن
الإذن بالقبض وجد مطلقا غير مقيد بحال الانتفاع فلا يتقيد بحال الانتفاع • وهذا لأن الضرورة
كما دعت إلى إظهار الإذن بالقبض في حال الانتفاع دعت إلى إظهار الإذن بالقبض حال
الانتفاع أيضا لأنه إنما ينتفع بمال المعير حسب انتفاعه بمال نفسه وإنما ينتفع بمال نفسه
ساعة دون ساعة إذ لو انتفع به دائما يهلك • فكان إمساك العين للانتفاع في ثاني الحال
مأذونا ضرورة فلا يضمن • وإنما وجب ضمان الرد بمؤنة القبض الحاصل لنفسه وهو كالنفقة
تجب على المستعير لأن منفعة القبض حاصلة له لا لنقض القبض والضمان في المقبوض
على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء • إذ القبض بحقيقة الشراء
مضمون بالعقد فكذا بجهته • والعارية لا تؤجر لأنه يلزم لزوم ما لا يلزم أو عدم لزوم
ما يلزم • وهذا لأن الإعارة غير لازمة في الأصل والإجارة لازمة في الأصل • فلو ملك
المستعير الإجارة من الغير فإما أن تقع هذه الإجارة لازمة أو غير لازمة • فإن وقعت
غير لازمة يلزم عدم لزوم ما يلزم وهو خلاف موضع الإجارة فكان باطلا • وإن
وقعت لازمة يلزم لزوم ما لا يلزم لأنه إذا لزمت الإجارة تصير العارية لازمة ضرورة
لعدم إمكان الاسترداد فيكون خلاف موضع العارية وهو باطل • ولا يرهن لما بينا
وهي كالوديعة فإنها لا تؤجر ولا ترهن • فإن آجر فعطبت ضمن حين سلمه إلى المستأجر
لأن العارية إذا لم تتناول الإجارة كان التسليم إليه غصبا فإن شاء المعير ضمن المستأجر
لأنه قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه • فإن ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر • لأنه
تبين أنه آجر ملك نفسه • وإن ضمن المستأجر يرجع على المؤجر إذا لم يعلم أنه كان عارية
في يده دفعا للضرر الغرور عن نفسه • وإن علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه • لأنه

لم يوجد الغرور. وله أن يعير. وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يعير وهو بناء على ما مر
أن الإعارة إباحة المنافع عنده والمباح له الطعام لا يملك أن يبيح غيره. وهذا لأنه سوى
غيره بنفسه فيما هو من حق الغير وإنما له هذه الولاية في حق نفسه لا في حق غيره. وعندنا
يملك المنافع والمالك يملك التمليك من الغير كالمستأجر يملك أن يؤجر والموصى له بالخدمة
يملك أن يعير لأنه بالتمليك من الغير يتصرف في ملك نفسه وسوى غيره بنفسه
في حق نفسه وهو صحيح. ثم هذه المسألة على وجهين إما أن حصلت الإعارة مطلقة في حق
المنتفع بأن أعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس أو دابة للركوب ولم يبين الراكب أو دابة
للحمل ولم يبين الحامل. وفي هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت
الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فإن الناس يتفاوتون
في اللبس والركوب. فلبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس الصراف والبزاز وركوب
العسكري لا يكون كركوب السوقي. أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة
عملا بإطلاق اللفظ لكن إنما يملك الإعارة من غيره إذا لم يلبس المستعير ولم يركب
بنفسه فإن لبس أو ركب بنفسه فأراد أن يعير من غيره أو ألبس غيره أو أركب غيره
أولا ثم أراد أن يركب أو يلبس بنفسه فقد اختلفوا فيه والأصح أنه لا يملك ذلك ولو
فعله ضمن. لأنه لما أطلق فله أن يعين وفي الأولى تعيين الركوب وفي الثانية الإركاب
وتعيينه كتعيين المالك ولو عين المالك يضمن بالنقل كذا هنا. وإن حصلت الإعارة
مقيدة بأن استعار ليلبس بنفسه أو ليركب بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت الناس
في الانتفاع به كما في الحمل وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس بالانتفاع به كاللبس
والركوب. هذا هو الكلام في إعارة المستعير. وأما الكلام في انتفاعه بالمستعار
فهو على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع فللمستعير
أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بإطلاق اللفظ. وثانيها أن تكون مقيدة
فيهما بأن قيدها بيوم ونص على نوع منفعة وليس له أن يتعدى ذلك عملا بالتقييد إلا أن
يكون خلافا إلى خير أو إلى مثل المسمى والحنطة مثل الحنطة. والحنطة خير من الحديد وثالثها
أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع. والرابع عكسه. وفي هذين الوجهين
يجري ما أطلق على إطلاقه وما قيد على تقييده. وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
والمعدود قرض. لأن الإعارة إذن في الانتفاع ولا يتأتى الانتفاع بهذه الأشياء إلا
باستهلاك عينها ولا يملك استهلاك عينها إلا بملك عينها فاقتضت تمليك عينها ضرورة
وذا بالهبة أو القرض وأدناهما ضررا القرض لأنه يوجب المثل والهبة لا توجبه. فيثبت
أو لأن المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع وتعذر رد العين هنا فأقيم رد المثل
مقام رد العين. قالوا وهذا إذا أطلق العارية. أما إذا عين الجهة بأن استعاره ليعير في
دراهم أو دنانير ليزين بها دكانه أو ليتعاير بها ميزانا فإنه لا يكون قرضا.

لتعين جهة الانتفاع بها مع بقاء العين. وصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا
أو سيفا محلى أو سكينا محلى أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شيء من هذه قرضا
لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقائها ممكن فصار نظير سائر العواري. وإن استعار
أرضا ليبني فيها أو ليغرس جاز لأنه منفعة معلومة تملك بالإجارة فكذا بالإعارة
بل أولى لأنها تبرع. وللمعير أن يرجع فيها لأن العارية لا تتعلق لازمة فله أن يرجع ويكلفه
قلع البناء والغرس لأنه شغل أرض الغير به فيؤمر بتفريغها. ثم إن لم يكن وقت العارية
فلا يضمن شيئا من الغرس أو البناء. لأن الضرر الذي يلحق المستعير إنما يلحقه من قبله
حيث غرس أو بنى في محل كان للغير حق الرجوع فيه والمعير لم يصر غارا له ولكن
المستعير مغتر بنفسه حيث ظن بمطلق العقد أنه يتركها في يده مدة طويلة من غير
أن يسبق منه الوعد. وإن كان وقت العارية ورجع قبل الوقت كره رجوعه وإن صح
لأن فيه خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع للمستعير. وقال زفر رحمه الله
لا يضمن لأن التوقيت والإطلاق فيهما سواء لبطلان التأجيل في العواري. ولنا
أن المعير بالتوقيت يصير غارا للمستعير لأنه نص على ترك الأرض في يده وقرار بنائه أو
غرسه فيها في المدة التي سمى والمستعير بنى أو غرس بناء على وعد سابق جرى من المعير. فإذا
لم يف بذلك صار غارا. وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار. فإن
قيل الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب للرجوع. ألا ترى أنه لو استحق الموهوب
بعد هلاكه وضمن الموهوب له لا يرجع بما ضمن على الواهب لأن الغرور في ضمن عقد
المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره. والمعير لم يباشر عقد الضمان وإن وقت. قلنا
كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن ولا حاجة إلى التوقيت في تصحيح العارية فعلم
أن فائدته التزام قيمة البناء أو الغرس إن أراد إخراجه قبله. وصار تقدير كلامه كأنه
قال ابن في هذه الأرض لنفسك على أن أتركها في يدك إلى كذا من المدة فإن لم أتركها
فأنا ضامن لك ما تنفق في بنائك. وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله أنه يضمن رب الأرض
للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه
قيمتهما فيكون له ذلك. لأن البناء والغرس ملكه. وإنما أوجبنا الضمان على المعير
لدفع الضرر عن المستعير فإذا رضي بالتزام هذا الضرر كان هو أحق بملكه. وهذا
إذا لم يكن القلع مضرا بالأرض فإن كان مضرا بها فالخيار لرب الأرض لأنه صاحب
أصل والمستعير صاحب تبع فكان الخيار لصاحب الأصل لرجحانه. ولو استعارها
ليزرعها لم تؤخذ منه الأرض حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت استحسانا. لأن
لإدراكه وقتا معلوما وكان في الترك مراعاة الحقين فكان أولى من القلع. ولأن
في قلع الزرع ضررا بالمستعير في إبطال ملكه وفي الترك في يد المستعير ضرر بالمعير
من حيث تأخير حقه وضرر الإبطال فوق ضرر التأخير. بخلاف البناء والغرس.

لانه ليس له حد معلوم فيكون الضرر من الجانبين ضررا بابطال الحق فترجح صاحب الاصل
على صاحب التبع. ومؤنة رد العارية على المستعير والوديعة على المودع والمستأجر على المؤجر
والمغصوب على الغاصب والمرهون على المرتهن. والاصل ان مؤنة الرد على من وقع القبض له
لان الخراج بالضمان. فاذا ثبت هذا اتضح لك هذه المسائل. اما الاول فلانه قبضه لمنفعة
نفسه والرد واجب عليه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه. واما الثاني فلان منفعة قبض
المودع للمودع. واما الثالث فلان المنفعة تحققت للمؤجر معنى حيث يسلم له الاجرة والرد
غير واجب على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية. واما الرابع فلان الرد واجب
عليه لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد فيكون مؤنة الرد واجبة عليه. واما
الخامس فلان قبضه قبض استيفاء فيكون قابضا لنفسه. وصح التكفيل برد العارية
والمغصوب لانه التزم فعلا واجبا. ولو توكل بالرد لا يجبر الوكيل على النقل الى
منزله بل يدفعه اليه حيث يجده لان الوكيل لم يضمن شيئا وانما وعد ان يتبرع على
الامر بخلاف الموكل لانه ضمن وهذا كما لو وكل رجلا بقضاء دينه فامتنع
الوكيل عن القضاء لا يجبر عليه. واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها
او استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه فهلك لم يضمن استحسانا والقياس ان
يضمن لانه لم يرد العارية على مالكها ولا على وكيل مالكها بل ضيعها. وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العارية الى المربط او الى دار المالك وما في يد المالك حكما
وكانه ردهما الى يد مالكهما حكما. وهذا لان رد العواري الى دار الملاك متعارف كآلة
البيت والناس يحفظون دوابهم بالمرابط. ولو ردها على المالك فالمالك يردها الى المربط
وكذا لو استعار دابة مع عبده او مع اجيره لا يضمن. والمراد بالاجير ان يكون مسانهة
او مشاهرة لا مياومة. وانما كان له الرد بيد من في عياله لانه لا يتهيأ الرد بيد نفسه
لا محالة فكان له الرد بيد من في عياله كما للمودع حفظ الوديعة بيد من في عياله
بهذا الطريق. وكذا لو ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لا يضمن لان المالك يأمر به
عادة. الا ترى انه لو ردها اليه فهو يرده الى عبده. قيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب
وقيل فيه وفي غيره وهو الصحيح لان الذي لا يقوم عليها قد يأخذه في بعض الاوقات
وان كان لا يأخذه دائما. وان ردها مع اجنبي ضمن اذا هلك ودلت المسألة على ان المستعير
لا يملك الايداع من اجنبي قصدا لانه لما وضعه في يد الاجنبي للرد يكون هذا ايداعا
ومع هذا قال يضمن. وبه اخذ بعض المشايخ رحمهم الله. وقال مشايخ العراق رحمهم الله
انه يملك الايداع وعليه الفتوى لانه لما ملك الاعارة مع ان فيها ايداعا وتمليك المنافع
فلان يملك الايداع وليس فيه تمليك المنافع اولى. واولوا هذه المسألة بان موضع المسألة
فيما اذا كانت العارية موقتة وقد انتهت العارية بانقضاء مدتها. وحينئذ يصير المستعير
مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق. ولو رد الوديعة او المغصوب الى دار المالك
ولم

ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذا بالرد الى المالك دون غيره والودائع
ترد الى الملاك لا الى دورهم ولا الى يد من في عيالهم عرفا. وهذا لانه لو ارتضى بذلك لما اودعها
اياه والعواري ترد الى دار الملاك عرفا. حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير
لانه لا عرف فيه. ومن استعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير انك اطعمتني. قاله ابو حنيفة
وقالا يكتب انك اعرتني لان الاعارة هي اللفظة الموضوعة لهذا العقد والكتابة
بالموضوعة اولى من الكتابة بالمستعار كما في اعارة الثوب والدار فانه يكتب ثمه
البستني واسكنتني. وله ان لفظ الاطعام ادل على المراد من الاعارة لانه تخص
الزراعة. واعارة الاراضي قد تكون للزراعة وقد تكون للبناء ونصب الفسطاط. ولفظ
الاعارة لا يدل على شيء من هذه الانواع عينا فكانت الكتابة بصيغة الاطعام ليعلم ان غرضه
الزراعة اولى. بخلاف اعارة الدار والثوب لان اعارتهما للسكنى واللبس فقط. وهذا
الغرض معلوم بقوله اعرتني. والله اعلم.

كتاب الهبة

هي التبرع بما ينفع الموهوب له لغة. يقال وهب له مالا وهبا وهبة. وقد يقال
وهبه مالا ولا يقال وهب منه. ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب
والهبة منه. واستوهبه سأله. وتمليك العين بلا عوض شريعة. واهلها اهل التبرع وهو
الحر المكلف. وركنها الايجاب والقبول. وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم
يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير
وشرطها ان يكون الموهوب مقسوما محوزا وغيره. وحكمها ثبوت الملك. وشرعيتها
بقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها. والمراد بالتحية العطية
وقيل المراد بها السلام. والاظهر هو الاول فان قوله او ردوها يقتضي ردها بعينها
وذا انما يتحقق في العطية لان رد عين الكلام لا يتصور. وقوله عليه السلام تهادوا
تحابوا. واجماع الامة. ولانها من باب الاحسان واكتساب سبب التودد بين الاخوان
وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان. وتصح بايجاب كوهبت ونحلت واعطيت
واطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه
الدابة اذا نوى بالحملان الهبة. وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى او سكنى هبة وقبول
وقبض. اما الايجاب والقبول فلما بينا. واما الانعقاد بالالفاظ الاول فلانه صريح فيها
واما بالثاني والثالث فلانهما يستعملان للتمليك بغير عوض. قال عليه السلام اكل
اولادك نحلت مثل هذا. وعن عائشة رضي الله عنها ان ابا بكر رضي الله عنه نحلها ارضا
فلم تقبضها حتى حضره الموت فقال لها انك لم تقبضيها وانما هي للوارث. ويقال
اعطاك الله ووهبك بمعنى. واما بالرابع فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به
تمليك العين بغير عوض وذا يكون بالهبة. بخلاف ما لو قال هذه الارض فانه يكون عارية
لان عينها لا تطعم فمعناه اطعمتك ما يحصل منها فكان تمليك المنفعة الارض دون عينها

واما بالخامس فلان اللام للتمليك ببدل لا فرق بين لفظ الجعل والتمليك فكذا في التمليك
بغير بدل وكسوتك هذا الثوب بمعناه لانه لتمليك العين قال الله تعالى او كسوتهم
والكفارة لا تتادى الا بتمليك العين ويقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه واما
بالسادس فلقوله عليه السلام من اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته بعده وكذا لو قال جعلت
هذه الدار لك عمري لما بينا واما بالسابع فلان الحمل على الدابة ركاب وهو تصرف في منفعتها
لا في عينها فيكون عارية الا ان يريد به الهبة لانه قد يذكر للتمليك يقال حمل الامير
فلانا على فرسه اي ملكه فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه فتعتبر نيته واما
بالثامن فلان قوله داري لك هبة محكم في الهبة وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود
انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم يذكره فلا يتغير حكم التمليك بمنزلة قوله
هذا الطعام لك تاكله وهذا الثوب لك تلبسه وهذا بخلاف قوله داري لك سكنى او سكنى
هبة فانه عارية لان الاصل ان المتكلم اذا ذكر في اخر كلامه ما يغير حكم اوله واول كلامه
يحتمل هذا التغيير يتغير به حكم اول الكلام كما في الاستثناء والتعليق بالشرط ثم قوله
داري لك ظاهر للتمليك للرقبة ولكن يحتمل المنفعة الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم
مر بحائط فاعجبه فقال لمن هذا فقال رافع ابن خديج لي استاجرته فقال عليه
السلام لا تستاجره بشيء منه وكما لو حلف لا اسكن دار فلان فانه يحنث بالاجارة
والاعارة ثبت ان لام الملك يحتمل تمليك المنفعة فكان اول كلامه محتمل تمليك السكنى
وقوله سكنى محكم في تمليك المنفعة لانه لا يحتمل تمليك الرقبة وانه خرج تفسيرا لاول
الكلام فيتغير به حكم اول الكلام وصار المحكم محتمل تمليك السكنى وقوله سكنى محكم في
تمليك قاضيا على المحتمل وكانه قال لك سكنى داري فيكون عارية وكذا لو قال سكنى داري
لك فيكون عارية وكذا لو قال داري لك عمري سكنى او نحلي سكنى او سكنى صدقة او صدقة
عارية او عارية هبة فهذا كله عارية لما بينا واما القبض فلا بد منه لثبوت الملك حتى
لا يثبت الملك في الهبة بالعقد قبل القبض عندنا وقال مالك رحمه الله يثبت لانه
عقد تمليك فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كالبيع والصدقة على هذا الخلاف ولنا
قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي وقت الملك اذ الجواز ثابت قبل
القبض بالاتفاق ولان الهبة تبرع ولا يجوز ان يلزم المتبرع شيء لم يتبرع به ولو ثبت
الملك بمجرد العقد تتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو
لم يتبرع به وايجاب شيء لم يتبرع به يخالف موضع التبرعات ولا يقال ان الملك يقع
على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون
اذا كان بسبيل من قبضه وهذا بخلاف الوصية لان الملك يثبت ثم بعد الموت ولا مطالبة
على الموصي ولا الزام لعدم اهلية اللزوم حينئذ والوارث لم يملك ما نفذت الوصية فيه
لتاخر حقه عن الوصية فلم يكن القول بثبوت الملك ايجاب شيء على المتبرع فان قبض
الموهوب

الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جاز استحسانا فان قبض بعد الافتراق لم يجز
الا ان اذن له في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب
والتصرف في ملك الغير لا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان ان القبض هنا بمنزلة القبول
من حيث توقف الملك عليهما فكما ان الايجاب منه يكون تسليطا على القبول فكذا
يكون تسليطا على القبض الذي نزل منزلته بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا
انما اثبتنا التسليط على القبض الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما
نزل منزلته ولو نهاه عن القبض لا يصح في المجلس وفي غير المجلس اذ لا عبرة للدلالة
بمقابلة الصريح وكذا هذا في الصدقة والقرض والرهن والبيع الفاسد لانها
كالهبة في الافتقار الى القبض وتصح الهبة في نحو مقسوم ومشاع لا ينقسم وفيما
ينقسم لا يصح وقال الشافعي رحمه الله يصح ونعني بالجواز ان يكون مفرغا عن
املاك الواهب وحقوقه ومما لا ينقسم ما لا يحتمل القسمة اي لا يبقى منتفعا به بعد
القسمة اصلا كعبد واحد ودابة واحدة ولا يبقى منتفعا به من بعد القسمة من
جنس الانتفاع الذي كان من قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير والثوب
الصغير ونعني بالمقسوم ان يبقى منتفعا به في الحالين قبل القسمة وبعدها له ان
الهبة عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع وهذا لان الشائع محل لما هو موجب هذا
العقد وهو الملك فيكون محلا لهذا العقد اذ الشرط في محل اضيف اليه العقد
كونه محلا لحكم العقد وقد وجد ولا يلزم ان البيع لا يفتقر الى القبض بخلاف
الهبة لان البيع الفاسد لا يوجب الملك الا بالقبض ويوجبه في المشاع كما
يوجبه في غيره فالمشاع صلح راس مال السلم وبدل الصرف ولان الهبة عقد تبرع
فيكون بمنزلة القرض والوصية والشيوع لا يمنع القرض فانه لو دفع الف درهم الى رجل على
ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الاخر بشركته فانه يجوز ذلك مع ان القبض
شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا تشترط القسمة والوصية وهي تبرع بعد الموت
فكذا التبرع في الحيوة والقبض منصوص في المشاع كما يتصور في المفرز فان المعنى
بالقبض التسليم بناء على تسليمه وتخليته من المالك وذا يتحقق فيه بان وهب البعض وسلم
الكل فصار البعض مسلما بتسليم الكل ضرورة وصار كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة ولنا ان
الخلفاء الراشدين وغيرهم رضي الله عنهم شرطوا القسمة ولان شرط القبض منصوص
عليه فيراعى وجوده على اكمل الجهات كشرط استقبال القبلة في الصلوة لما كان
منصوصا عليه يشترط الكمال فيه حتى لو استقبل الحطيم لا تصح صلاته مع انه من البيت
بالسنة وهذا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا وبدون الاطلاق
لا يثبت الكمال ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة
عن الحيوزة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه دون وجه

لانه في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة لان القسمة تجمع الاجزا
المتفرقة وما لا يجتمع لا يصير محوزة على الحقيقة في يده الا بغيره وذلك غير موهوب
فيمتنع تمام الحيازة لما هو له ولان ما للغير غير محوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازة
في حق ملك الغير وحقه لا يصير محوزا الا بغيره وصارت الحيازة ناقصة فلا تتمحض
لافادة الملك ولان اشتراط اصل القبض لمعنى ذلك المعنى موجود في القسمة وهو ان لا
يصير عقد التبرع سببا لوجوب الضمان للمتبرع عليه على المتبرع في غير ما تبرع به
لانه لو ملكه قبل القبض لطالبه بالتسليم اليه فكذا لو ملكه قبل القسمة لطالبه بالقسمة
فيصير عقد التبرع موجبا ضمان المقاسمة عليه وهو خلاف موضوع التبرع بخلاف
ما لا يقسم لان القبض لا يتصور فيه الا ناقصا فيكتفى به ولانا لو اعتبرنا الكمال
ينسد باب الهبة اصلا وفيما يحتمل القسمة يتصور تسليمه فوقه فلا يكتفي بالقاصر
منه ولانه لا يستوجب حق المطالبة بالقسمة فلا يلزمه مؤنة القسمة فان قيل
يستوجب بها المهاياة قلنا المهاياة قسمة المنفعة وعقد التبرع لا في العين فلم يكن
ذلك ضمانا في عين ما تبرع به والقبض ليس بشرط للوصية والبيع الصحيح والقبض
في البيع الفاسد والصرف والسلم غير منصوص عليه وقوله عليه السلام يدا بيد لبيان
التعيين في الثمنين يكون بالقبض ولان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة
لا شرط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولانها عقود ضمان فيجوز ان تتعلق
بها ضمان المقاسمة والقرض تبرع ابتداء وعقد ضمان انتهاء لكونه مضمونا بالمثل
فلا يتعدى ان يتعلق به ضمان المقاسمة ثم لشبهه بالتبرع شرطنا فيه القبض ولشبهه ط يبطل
بعقد الضمان لا يشترط فيه القسمة عملا بالشبهين ولان شرط القبض فيه غير
منصوص عليه ليراعى وجوده على اكمل الجهات ولو وهب نصيبه من الدار او
من شي يحتمل القسمة لشريكه لم يجز عندهم لان الحكم معلق بالقبض والقبض الكامل
لا يتصور في الشايع فان قيل الفساد في الهبة من غير الشريك باعتبار انه يؤدي
الى ايجاب الضمان على المتبرع قلنا ان عدمت تلك العلة فقد وجدت العلة الاخرى
وهي ان القبض لا يتم في الجزء الشايع فقبض الشريك لا يتم باعتبار ما لاقته الهبة فانما
تتم به وبغيره وهو مما كان مملوكا له وما يشترط لاتمام العقد فانما يعتبر ثابتا
فيما يتناوله العقد دون غيره فان وهب شقصا مشاعا فسدت الهبة لما قلنا
فان قسم وسلم صح لان التمام بالقبض والشيوع زال عند القبض ولو وهب دقيقا
في بر او دهنا في سمسم لا يصح وان اخرجها وسلمها وكذا السمن في اللبن لان العقد
مضاف الى المعدوم فلغا ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والعقد اذا بطل لعدم
المحل لا ينقلب جايزا لوجود المحل بل يفتقر بعد وجود المحل الى التجديد بخلاف
المشاع لانه محل وولاية موجود وقت العقد ويتصور القبض فيه لكن لا على سبيل

الكمال

الكمال واعتباره في بيع السمسم بالدهن للتفادي عن شبهة الربو وهبة
اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر على النخل بمنزلة
المشاع لان عدم الجواز لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع
امكان الفصل وذا يمنع القبض كالمشاع واذا كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له او امانة م
وديعة او عارية ملكها بالهبة والقبول وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض في باب
الهبة غير مضمون فيعتبر فيه اصل القبض واصل القبض موجود هنا فناب عن قبض
الهبة بخلاف ما اذا باع الوديعة ممن هي في يده لان البيع يقتضي قبضا مضمونا
وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد القبض وذا
بان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها وكذا لو كانت
مضمونة في يده بالقيمة او المثل كالمقبوض على سوم الشراء والبيع والمغصوب فوهب له صح
وثبت الملك بمجرد العقد لوجود اصل القبض وزيادة بخلاف ما لو كان مضمونا
بغيره كالمرهون والمبيع فانه يحتاج فيهما الى تجديد القبض واذا وهب الاب لطفله
ملك الطفل بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما
اذا كان في يده او يد مودعه لان يد المودع بمنزلة يد المودع حكما فتمكن ان تجعل قابضا
لولده باليد التي هي قائمة مقام يده فان قيل قد قلتم اذا وهب الوديعة من المودع جاز
ولو كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة
وجعله قابضا لنفسه ويده قامت مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ عاملا للمودع وذا
قبل تمليكه بالهبة فاما بعد ذلك فهو عامل لنفسه ومن رهن عبده من رجل وسلمه
ثم وهبه لابنه الصغير لم يجز وكذا لو غصب عبده غاصب ثم وهبه لابنه
الصغير لانه في يد الراهن والمغصوب منه حقيقة وحكما لكونه مضمونا على المرتهن
والغاصب والضمان انما يكون بتفويت اليد ولو باعه بيعا فاسدا وسلمه ثم وهبه
لابنه الصغير لم يجز لانه خرج عن ملكه فقد وهب ما لا يملكه فلا يجوز ولان
اليد لغيره حقيقة وحكما حيث كان في ضمان الغير والصدقة في هذا كالهبة وكذا
اذا وهبت للطفل امه شيئا وهو في عيالها وابوه ميت ولا وصية له جازت الهبة وقبض
أب م الام بمنزلة قبض الاب لو كان حيا وكذا كل من يعوله كالعم والاخ لانه يتمحض
نفعا له وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض وليه وهو الاب او الجد الاب بعد ابيه او وصيهما
لان لهؤلاء ولاية عليه وقد تمحض التصرف نفعا له وكذا اذا كان في حجر امه او اجنبي
فقبضهما له جايز لان من يعوله فيمن يتمحض منفعة لليتيم خلف عن وليه الا ترى
انه احق بحفظه وتربيته وهذا من ضرورات الحفظ فيكون حكمه حكم الحفظ وهذا لان
الحفظ لا يحصل الا بصرف ولايته في الكسب له لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس
ولا بد ان يكون بسبيل من التحصيل في حقه فصار ذلك من ضروراته الا ترى انه لو اراد

أجنبي آخر أن ينزعه من يده لم يكن له ذلك. وله أن يسلمه في تعليم الأعمال والخلف يعمل
عمل الأصل عند عدم الأصل. وإن قبض الصبي بنفسه جاز إن كان عاقلاً. لأنه في النافع
المحض ملحق بالبالغ وتجوز قبض زوج الصغيرة بعد الزفاف. وإن كانت الولاية عليها
للأب دون الزوج. لأنه أقام الزوج مقام نفسه في حفظها وحفظ بعد الزفاف
وقبض الهبة من باب الحفظ فيقوم الزوج فيه مقام الأب. ولكن إذا قبضه الأب
صح لقيام ولايته وتملكه مع حضرة الأب بخلاف الأم ومن يعولها غيرها فإنهم
لا يملكونه إلا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح. لأنه إنما يصح قبضهم
عليه للضرورة ولا ضرورة عند حضور من له ولاية عليه. وولاية الزوج بتفويض الأب
أمورها إليه دلالة. وإن لم تزف إلى بيت زوجها لم يعتبر قبض الزوج لها. لأن اعتبار
ذلك بحكم أنه يعولها وأن له عليها يدا مستحقة وذا لا يوجد قبل الزفاف. وإن وهب
اثنان لواحد دارا صح لأنهما سلماها إليه جملة وهو قد قبضها جملة بناء على تسليمهما
فلا يدخل فيه الشيوع. وبعكسه لا يصح أي وإن وهبها واحد لاثنين لا يصح عند
أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح لأنه تمليك واحد حصل في هذا الشيء منهما لا أنه
تمليك البعض منه والبعض منه لأنه جنس يكون تمليكين لا تمليكا واحدا
وقضيته إضافة العقد إليهما إضافة واحدة أن يكون تمليكا واحدا وهما قد قبضاها
جملة فلا شيوع. وهذا لو رهن دارا من رجلين رهنا واحدا صح ولو دخل فيه الشيوع
لما صح. إذ تأثير الشيوع في الرهن أكثر حتى لا يصح الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة
بخلاف الهبة. وله أن الملك ثبت على الشيوع في النصف لهذا وفي النصف لهذا بالإجماع
والقبض لا يتحقق في المشاع. وهذا لأنه لما ثبت أن الملك حصل لهما شائعا ثبت أن
التمليك وقع شائعا إذ الملك حكم التمليك. ومتى جعلنا ثبوت الملك في النصف لهذا
وقع في النصف لهذا فقد حكمنا بأنه تمليك النصف من هذا وتمليك النصف من هذا
ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح. ولو لم يكن تمليك النصف من كل
واحد لما صح. بخلاف الرهن لأن حكمه ما يثبت على المناصفة بل ثبت على سبيل الكمال وحق
هذا الكمال بخلاف ملك العين فإنه لا يتصور إثباته لكل واحد على سبيل الكمال
ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يكون له أن يسترد شيئا من الرهن ما لم يقبض دين الآخر
بخلاف الإجارة من رجلين فإنها جائزة مع أن إجارة نصف الدار باطلة. لأن المانع
ثمة استحقاق عود المستأجر إلى يد الموجر في مدة الإجارة بحكم المهاياة وذا لا يوجد
في الإجارة من اثنين ولهذا أجاز إجارة أحد الشريكين من شريكه بخلاف الهبة. ولأن
الواجب هنا القبض وعنده يتحقق الشيوع وتم التسليم وهو يقع جملة. وفي الجامع الصغير
إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين
أو وهبها لهما لم يجز. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز كله. حاصله

أنه أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لاثنين. غير أنه جعل الهبة مجازا عن الصدقة
إذا صادفت الصدقة الفقير مجازا عن الهبة إذا صادفت الغني لوجود الحاجة إذ كل واحد
منهما تمليك بغير بدل. وذكر في الأصل عقيب مسألة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل
على أن التصدق على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند أبي حنيفة رحمه الله كالهبة فتسوى
بينهما في الجامع الصغير تلك الرواية أن الصدقة باطلة في الشائع كالهبة لتوقفهما على
القبض فوجب أن يستويا في هذا أيضا إذ المفسد واحد وهو الشيوع. ووجه الفرق
على رواية الجامع الصغير أن الصدقة تقع لله تعالى ولهذا لم يكن فيها رجوع. وإنما تصير
للفقير نيابة عن الله تعالى بحكم الرزق الموعود والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتمكن
الشيوع فيها فتصح كالهبة إذا وقعت لواحد وقبضها اثنان بحكم الوكالة عن الموهوب له.
فأما الهبة فإنها تقع للموهوب له فيتمكن الشيوع عند تعدد الموهوب له فتمتنع الهبة.
وقيل المذكور في الجامع الصغير هو الصحيح. والمراد بالمذكور في الأصل بقوله وكذلك
الصدقة على الغنيين فعلى هذا التأويل لا مخالفة بين الروايتين فلا يحتاج إلى الفرق
ولو وهب رجل لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها وقبضاها لم يجز عند أبي
حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وعند محمد رحمه الله يجوز. ولو قال لأحدهما
نصفها وللآخر نصفها عن أبي يوسف رحمه الله فيه روايتان. وأبو حنيفة رحمه الله مر وفي
على أصله. وكذا محمد رحمه الله. لأن هذه هبة واحدة من رجلين نص على التفاضل والتساوي
أو لم ينص. ألا ترى أن في البيع من رجلين يجعل بيعا واحدا منهما لا بيعين. سواء نص
على التفاضل بينهما أو لم ينص كذا هنا. وأبو يوسف يقول إنما جوزنا الهبة لرجلين
على تقدير أنه لم يقصد به إثبات الحكم في الأبعاض فإذا نص على الأبعاض على التفاوت
علمنا أن قصده إثبات الحكم في البعض لهذا والبعض لهذا فيدخل فيه الشيوع. ولهذا
جوزنا الرهن من اثنين عند عدم التعرض للأبعاض. وإذا تعرض للأبعاض رهنتكما
هذا الشيء على أن يكون النصف رهنا عند هذا والنصف رهنا عند ذاك كان فاسدا.
لأن بالتفصيل يتفرق العقد كذا هنا. وأما إذا نص على التناصف فقد أمكن تصحيح العقد
بجعل هذا مجازا عن الموجب لأن مطلق العقد يقتضيه. فلم يعتبر شيوعا في العقد
بخلاف ما إذا نص على التفاوت. لأن مطلق العقد لا يقتضي وقوع الحكم على هذا المثال
فلا يمكن أن يجعل مجازا عن موجب العقد فيقتضي شيوعا في العقد فيفسد العقد.
ولو وهب متاعا في دار أو طعاما في جراب وسلمهما أي الدار والجراب بما فيهما صحت الهبة
في المتاع والطعام. ولو وهب دارا وفيها متاع الواهب وسلم الكل إلى الموهوب له أو وهب
جرابا وفيه طعام الواهب وسلم الجراب لا تصح الهبة. والأصل أن الموهوب متى كان مشغولا
بملك الواهب منع التسليم فيمنع صحة الهبة. ومتى كان الموهوب شاغلا لا يمنع التسليم فتصح
الهبة. ففي الفصل الأول الموهوب شاغل لا مشغول. وفي الفصل الثاني الموهوب مشغول.

يملك الواهب. وهذا لان المظروف يشغل الظرف، اما الظرف فلا يشغل المظروف.
ولو وهب الدار ولم يسلم حتى وهب المتاع او وهب نصف دار ولم يسلم حتى وهب النصف
الاخر وسلم الكل جملة صحت الهبة في الكل، لانه اذا سلم الكل جملة صار كانه وهب الكل
جملة بخلاف ما اذا تفرق التسليم. ولو وهب زرعا في ارض او ثمرا في شجر او حلية سيف
او بناء دار او قفيزا من صبرة وامره بالحصاد والجداد ونحوهما وان لم ياذن له بالقبض
وفعل صح. لانه بالاستحقاق ظهر ان يده في المتاع كان يد غصب وصار كما لو غصب الدار
والمتاع ثم وهب له الدار او اودعه الدار والمتاع ثم وهب له المتاع فانه يصح. ولو وهب
ارضا وزرعا وسلمها فاستحق الزرع بطلت الهبة في الارض لان الزرع مع الارض بحكم الاتصال
كشيء واحد. فاذا استحق احدهما صار كانه استحق البعض الشايع فيما يحتمل القسمة فتبطل
الهبة في الباقي. ولو وهب زرعا او نخلا في ارض او وهب ارضا دون زرعها او نخلها او ثمرا في شجر او
شجرا دون ثمره لا يصح لانه متصل به اتصال خلقة فكان بمنزلة المشاع الذي يحتمل القسمة
فلا يتم دون الافراز والحيازة.

باب الرجوع في الهبة

واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها. وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها لقوله
عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده. وفي رواية لا يحل لواهب الاقدام عليه
ان يرجع في هبته فقد نفى الرجوع او حرمه ولا يجوز ارتكاب الحرام شرعا. ولانه عقد
تمليك فوجب ان يلزم كالبيع. وهذا لان الرجوع يضاد المقصود بالتمليك والعقد
لا ينعقد موجبا ما يضاد المقصود به. وانما يثبت حق الرجوع فيما بين الوالد والولد
لان اخراجه عن ملكه لم يتم. لان الولد كسبه او بعضه فلم يتم التمليك. ولنا قوله
عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض. والمراد حق الرجوع بعد التسليم
لانها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل
يقول اكلنا خبز فلان الخباز وان كان اشتراه منه. ولانه مد هذا الحق الى وصول العوض
اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم. ولانه اثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له.
ولا يجتمع الحقان وحق الواهب اغلب لانه بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل
القبض. ولانه فات المقصود بالعقد فيثبت للعاقد ولاية الفسخ دفعا للضرر الناشئ
من زوال الملك الخالي عن المقصود كالمشتري اذا وجد بالمشترى عيبا. وهذا لان
المقصود بالهبة للاجانب العوض والمكافاة عادة. ولهذا يقال الايادي قروض وقد تايدت
بالشرع قال عليه السلام تهادوا تحابوا. والمعروف كالمشروط والتفاعل يقتضي وجود
الفعل من الجانبين. والمراد بما روي ان لا ينفرد بالرجوع من غير قضاء ولا رضى الا
للوالد اذا احتاج الى ذلك فانه ينفرد بالاخذ لحاجته ويسمى ذلك رجوعا باعتبار الظاهر وان لم
يكن رجوعا في الحكم. او المراد لا يحل الرجوع ديانة ومروة كقوله عليه السلام لا يحل لرجل
يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره الى جنبه طاو اي لا يليق ذلك بالديانة

والمروة وان كان جائزا في الحكم اذا لم يكن عليه حق واجب. وهكذا نقول لا يليق بالمروة الرجوع
ويكره. الا ترى الى قوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه. وهذا التشبيه
في معنى الاستقباح والاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم الشافعي رحمه الله الا ترى انه
قال في رواية اخرى كالكلب يقيء ثم يرجع في قيئه. وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة
وبه نقول يستقبح. ثم انما يبطل حق الرجوع بموانع سبعة. احدها قبض العوض لما بينا
ولان حق الرجوع في الهبة كان لخلل في مقصوده وقد علم ذلك بوصول العوض اليه
فهو كالمشتري يجد بالمبيع عيبا فزال العيب قبل ان يرده. وان عوضه اجنبي عن
الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل حق الرجوع لان التعويض تبرع لغرض
وهو اسقاط حق الرجوع للاول في تبرعه فيصح من الاجنبي كما يصح من الموهوب له كبدل
الخلع والصلح عن دم العمد فانه لما كان بدل مال الاسقاط حق صح من الاجنبي كما صح
ممن عليه الحق. واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوض هبتك او ثوابا او بدلا عنها
او مقابلتها او مكانها فقبضه الواهب سقط حق الرجوع لان الشرط في التعويض ان ياتي بلفظ
يعلم الواهب انه يعطيه جزاء صنيعه وقد حصل ذلك بهذه الالفاظ. وانما ينبني الحكم على
ما هو المقصود فاذا حصل ذلك فالعبارات فيه سواء. ولو وهب الواهب شيئا ولم يقل
هذا عوض عن هبتك او ما شاكله فللواهب ان يرجع في هبته لانه لما لم يضف تمليكه
الى هبته كان فعله هبة مبتداة لا تعويضا فلكل واحد منهما ان يرجع. لان سقوط
حق الرجوع لحصول مقصود الواهب وانما يعلم ذلك اذا بين له انه عوض ويرضى به. واما
بدونه فلا. لان التمليك المطلق يحتمل الابتداء ويحتمل المجازاة فلا يبطل حق الرجوع بالشك.
وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض اعتبارا للجزء بالكل. وهذا لانه اذا استحق
الموهوب يرجع بالعوض لانه لم يبق له بمقابلة هبته شيء فكان له ان يرجع في العوض
فاذا استحق نصف الهبة لم يسلم له ما يقابل نصفه فيرجع بنصفه. وان استحق نصف
العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي من العوض ثم يرجع في الهبة. وقال زفر
رحمه الله اذا استحق نصف العوض له ان يرجع في نصف الهبة اعتبارا للجزء بالكل
واعتبارا للعوض بالهبة. فانه لو استحق نصف الهبة له ان يرجع في نصف العوض فكذا
اذا استحق نصف العوض له ان يرجع في نصف الهبة. وهذا لان كل واحد منهما
صار معا بدلا بالآخر كبيع العوض بالعوض فاذا استحق نصف احدهما يكون للمستحق
عليه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله. ولنا ان المستحق خرج من ان يكون عوضا
وصار كأن لم يكن وما بقي يصلح عوضا عن الكل ابتداء ولو عوضه بعد النصف ابتداء
لم يرجع في شيء من الهبة فكذا هنا. وانما تمكن الخلل في رضا الواهب به فكان تاثيره
في اثبات الخيار له. فان شاء رد ما بقي ورجع لانه انما رضي بسقوط حقه في الرجوع
ليسلم له كل العوض ولم يسلم وان شاء امسك ما بقي ولم يرجع بشيء. وحاصل الفرق

بين استحقاق نصف الهبة وبنصف العوض ان المعوض ما ملكه العوض الا جزاء فيعتبر
حكم المقابلة في حقه فاذا استحق نصف الهبة يرجع بنصف العوض تحقيقا للمقابلة فاما
الواهب فملكه ابتداء من غير ان يقابله شيء فلم يعتبر في حقه حكم المقابلة ثم تاثير
العوض في اسقاط حقه في الرجوع والبعض من العوض في ذلك بمنزلة الكل اذا تم رضاه به
ولان للعوض شبه ابتداء الهبة من حيث ان المعوض مختار فيه متبرع وشبه
المبادلة من حيث انه ملكه مضافا الى الهبة فلشبهه بالمبادلات اذا استحق الكل
يرجع في الهبة ولشبهه في ابتداء الهبة اذا استحق النصف لا يرجع بشيء من الهبة الا
ان يرد ما بقي ولو وهب دارا فعوضه عن نصفها له ان يرجع في النصف الذي لم يعوض
لان الرجوع حق ثابت في كل جزء منه والتعويض مانع فاذا وجد المانع في النصف
يمتنع بقدره وثانيها الزيادة المتصلة كالغرس والبنا والسمن لان الرجوع انما يصح
في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن
ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع الرجوع اصلا ولا يقال حق الرجوع ثابت
في الاصل فيسري الى اوصافه لان ثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل لانه عوض قايم
بالواهب وليس بوصف للمحل ولا يقال الملك لا يوصف اللزوم من اوصاف الاصل
لان العدم ليس بشيء حتى يعد من اوصافه فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت الموهوب
له في ناحية منها نخلا او بنا بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع
في شيء منها اما في موضع البنا والنخل فلان البنا زيادة متصلة بالموهوب الا انها غير متولدة
من الاصل والمعنى الذي لاجله امتنع الرجوع في الزيادة المتصلة المتولدة موجود في غير
المتولدة اذا كانت متصلة فيمتنع الرجوع واما في الباقي فلان البنا والنخل في ناحية من الارض
يعد زيادة في الكل الا ترى انه يزداد به مالية الكل وقوله وكان ذلك زيادة
فيها اي هذا اذا بنى ما يعد زيادة فان كان لا يعد زيادة او يعد نقصانا فانه لا يمنع
الرجوع لعدم المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه حتى لو بنى دكانا
صغيرا بحيث لا يعد زيادة اصلا فلا عبرة به وان كانت الارض عظيمة لا يعد ذلك
المكان زيادة في تلك القطعة فله ان يرجع في غيرها ولو كانت الزيادة منفصلة بان
كانت الهبة امة فولدت عند الموهوب له من زوج او فجور فللواهب ان يرجع فيها دون
الولد لان الرجوع في الاصل دون الزيادة ممكن وان كانت الزيادة من سعر فله ان
يرجع عندهم لان زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب وانما هي زيادة رغبة
الناس فيه والعين بحالها كما كانت فلا تمنع الرجوع واذا وهب عبدا فعلمه القران
او الحرفة فلا يرجع في قول ابي يوسف رحمه الله لانه زيادة معنوية فاشبه زيادة الجمال
والسمن وفي قول زفر رحمه الله لا لانه لم يزدد حقيقة وانما ازداد رغبة الناس فيه
فصار كالسعر ولو ادعى الموهوب له انه سمن عنده وكذبه الواهب فالقول للواهب

عندنا

عندنا لانه يدعي لزوم العقد وهو ينكر وعند زفر رحمه الله القول للموهوب له
لانه ينكر حق الواهب في الزيادة الحادثة فيها وثالثها موت احد المتعاقدين اما اذا
مات الموهوب له فلان الملك قد انتقل الى الورثة فصار كما اذا انتقل اليهم في حال الحياة
واما اذا مات الواهب فلان الوارث لم يوجب الملك له فلا يكون له حق الرجوع والنص
انما اوجب حق الرجوع للواهب وهو ليس بواهب ولانه ربما كان غرض الواهب اظهار
الجود والسخاوة ورجوع الوارث يبطل عليه ذلك ورابعها خروج الهبة عن ملك الموهوب
له لانه حصل بتسليطه وسعي الانسان في نقض ما تم منه مردود ولان تبدل الملك
كتبدل العين وقد تبدل الملك بتجدده وان وهب لمكاتب رجل هبة ثم عجز المكاتب
فليس له ان يرجع فيها عند محمد رحمه الله لان هذه هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان
حق القبول للمكاتب ملكا للمكاتب يتصرف فيه تصرف الملاك وبالعجز انتقل ملكه الى مولاه
فصار كانتقاله الى انسان اخر فيبطل حق الرجوع وعند ابي يوسف رحمه الله له ان
يرجع فيها لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه وللمولى من وجه وبالعتق تصير ملكا له
من كل وجه ثم اذا عتق له ان يرجع فيها فكذا اذا عجز ولو وهب دارا وقبضها الموهوب
له ثم باع نصفها فللواهب ان يرجع في الباقي لان المانع عن الرجوع في البعض فامتنع الرجوع
فيه دون ما سواه وان لم يبع شيئا منها فله ان يرجع في نصفها لان له الرجوع في كلها
فاولى ان يكون له الرجوع في نصفها وخامسها المحرمية بالرحم لقوله عليه السلام اذا كانت
الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود قد حصل وهو صلة الرحم لان الصلة
واجبة في المحارم وكل عقد افاد مقصوده يلزم فلو وهب لعبد اخيه او لاخيه العبد
يرجع وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله لا يرجع في الاول لان الملك يقع لمولاه
وهو اخوه وله ان الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك
اليد الا ترى انه احق به ما لم يفضل عن حاجته فلو اعتبرنا احد الجانبين يلزم ولو اعتبرنا
الجانب الاخر لا يلزم فلا يلزم بالشك في المسالتين وسادسها الزوجية لانها نظير القرابة
القرينة في التواصل بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب وبطلان الشهادة وكان
المقصود الصلة وقد حصل وانما ينظر الى هذا المقصود وقت الهبة حتى لو وهب لامراة
ثم نكحها له ان يرجع فيها ولو وهب لامراته هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها لان
الهبة لما كانت في حال قيام الزوجية علم انه لم يكن مقصوده العوض فلهذا لا يرجع
فيها ولما وهب لها حين كانت اجنبية علم ان مقصوده العوض فلم ينل ذلك فله ان يرجع
فيها وسابعها هلاك الموهوب لتعذر الرجوع بعده فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق
بلا خلاف ويجمع الكل دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض
والخا الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والها هلاك الموهوب
وانما يصح الرجوع بالرضا او بالقضا لان الرجوع بالهبة مختلف فيه بين العلماء فمنهم من

ترادني ومنهم من ابى و في اصله وهاء. لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له
يمنع تملكه وفي حصول المقصود وعدمه خفا فمن الجايز ان يكون مراده العوض
وعلى هذا لا يرجع فلا بد ان يكون مراده العوض من الفضل بالرضا او بالقضا. ولان الرجوع
فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما كالرد
بالعيب بعد القبض. ولو كانت الهبة عبدا فباعه الموهوب له او اعتقه قبل ان يقضي به القاضي
للواهب نفذ ما صنع الموهوب له لانه لا يزول عن ملكه الا بالقضا. ولو منعه بعد الرجوع
وقبل القضا فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه. وكذا اذا هلك في يده بعد القضا لم يضمن.
لان اصل قبضه لم يكن موجبا ضمان المقبوض عليه وهذا دوام عليه واستدامة الشيء معتبرة
باصله الا ان يمنعه بعد القضا وقد طلب منه الواهب. لان المنع بعد الطلب يوجب الضمان
في رد ما فات فاذا رجع بالقضا او بالرضى يكون فسخا من الاصل فيعود الملك القديم حتى لا
يشترط قبض الواهب. لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود الملك القديم. ويصح في
الشايع لما بينا. وقال زفر رحمه الله الرجوع بغير قضاء بمنزلة الهبة المبتداة لعود الملك
اليه بتراضيهما فيعتبر عقدا جديدا في حق ثالث. ولنا ان عقد الهبة وقع جايزا موجبا
حق الفسخ وكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق. لان استيفا الحق لا يتوقف
على القضا. بخلاف الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا
في حق الثالث على القضا. فان تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له
لم يرجع على الواهب بشيء. لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة بخلاف المعاوضات وهو
عامل له في القبض فلا يرجع. بخلاف المودع اذا هلكت الوديعة في يده فاستحقها مستحق
وضمنه فانه يرجع على المودع. لان المودع عامل للمودع في الحفظ. والغرور سبب الرجوع
في ضمن المعاوضات لا في التبرعات. والهبة بشرط العوض بان يهب عبده لرجل على ان يهب
الموهوب له عبده له هبة ابتداء حتى يبطل بالشيوع وعدم القبض. ولو وهب الاب مال
طفله بشرط العوض لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه تبرع ابتداء
وهو لا يملك التبرع بماله. وجاز عند محمد رحمه الله لانه بيع معنى بيع انتهاء. حتى لو تقابضا
صح العقد وصار في حكم البيع فيرد بالعيب وخيار الرؤية. وتجب به الشفعة في العقار.
وقال زفر والشافعي رحمهما الله ينعقد بيعا كقوله وهبت هذا لك بكذا او ملكتك
هذا بكذا. وهذا لان شرط العوض ينافي التبرعات ويختص بالمعاوضات. والعبرة
في العقود للمعاني لا للالفاظ. الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة. والحوالة
بشرط مطالبة الاصيل كفالة. وانه لو وهب ابنته لرجل يكون نكاحا. ولو وهب عبده
لنفسه كان اعتاقا. ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ واحد واختلف العقود
لاختلاف المعنى والمقصود. ولنا ما اشتمل على جهتين يجب الجمع بينهما ما امكن توفيرا
على الشبهين حظهما. كالاقالة لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا بينهما وهنا امكن هنا

الجمع

الثابت في الهبة. وعلى هذا لا يرجع.
لحصول المقصود وعدمه فمن الجايز ان يكون مراده …

الجمع بينهما بان يعتبر هبة ابتداء اعتبارا للفظ وبيعا انتهاء اعتبارا للمعنى كالهبة في المرض
هبة ابتداء اعتبارا للفظ حتى يبطل بالقبض والشيوع ووصية انتهاء اعتبارا للمعنى حتى اعتبر
من الثلث وهذا لان اللفظ قابل للمعنى فلا بد من اعتباره الا اذا تعذر الجمع للمنافاة فيما ذكر
من المسايل فوجب اعتبار المعنى ويسقط اعتبار اللفظ ترجيحا للمعنى عليه ولا منافاة هنا.
فان قيل قد تحققت المنافاة هنا لان قضية البيع اللزوم وترتب الملك عليه بلا فصل
وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات فتتحقق المنافاة بين
البيع والهبة ضرورة. قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا يترتب الملك
عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود القبض فلم يكن اللزوم والترتيب من لوازمه
ضرورة. والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب ونحوه. وقد يترتب الملك عليها بلا فصل
كما لو كانت العين في يد الموهوب له. فلم يكن عدم اللزوم ولا عدم الترتيب من لوازمها
ضرورة على ان المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة. فاما اذا جعلناها هبة ابتداء
وبيعا انتهاء فلا. وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن فيه تحقيق البيع
والاعتاق لانه لا يحتمل معنى البيع بوجه ما. اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه لانه لا
يمكن فيه تحقيق البيع والاعتاق لانه لا يملكه غيره مالا فكيف يملك نفسه.

فصل في الاستثنا والتعليق والصدقة وغيرها

ومن وهب امة الا حملها صحت الهبة في الامة والولد وبطل الاستثنا. اعلم ان استثناء ما في البطن ينقسم
ثلثة اقسام. في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثنا كالهبة والنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد لان الاستثنا لا يعمل الا في المحل الذي يعمل فيه العقد. فاذا لم يصح عقد
الهبة على ما في البطن لكونه وصفا على ما مر في البيوع لم يكن محلا للاستثناء فكان هذا
شرطا فاسدا. والهبة ونحوها لا تبطل بالشروط الفاسدة بل العقد يصح والشرط
يبطل لان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط
الفاسدة واما الشرط الفاسد يؤثر في العقود الشرعية. لان الحسيات اذا وجدت لا مرد
لها فلا يمكن ان تجعل عدما. وفي قسم لا يجوز اصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن
لان هذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة على ما عرف فكذا باستثناء الحمل. وفي قسم
يجوز التصرف والاستثنا معا كالوصية لان افراد الحمل بالوصية جايز وكذا
استثناؤه. ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الام. ولو دبر ما في البطن
ثم وهب الام لم يجز. والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر والموهوب متصل
بما ليس بموهوب في ملك الجايع الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم. او كهبة شيء هو مشغول
بملك الواهب فلم يجز. فاما الاعتاق فيزيل ملك المعتق. فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين
فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب. وهو كما لو وهب ارضا
وفيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له فان الهبة تتم كذا هنا. وشبه الاعتاق

بالاستيلاد في الهداية من حيث ان الهبة تصح في الامة كما في فصل الاستثناء وبقي التشبيه
في فصل التدبير من حيث ان الهبة لا تصح في الامة لان تدبير الولد مانع فلم يكن نظير
الاستثناء ● وان وهب لرجل امة على ان يردها عليه او على ان يعتقها او على ان يستولدها او وهب
له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط
باطل ● اما بطلان الشروط فلمخالفتها موجب العقد ● واما جواز الهبة فلانها لا تبطل بالشروط
الفاسدة ● واصله ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى وابطل شرط المعمر والمعمر عليك
بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر ● لان معنى العمرى ان يقول ملكتك
هذه الدار ما دمت حيا او عمرك فاذا مت فهي لي ● بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى
عن بيع وشرط ● ولان الشرط الفاسد في معنى الربو على ما مر في البيوع فيعمل في المعاوضات
لا في التبرعات ● ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهو لك او انت منه بريء
او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل ● لان
تمليك الدين تمليك فيه معنى الاسقاط وابراء الدين اسقاط فيه معنى التمليك ● فصار كل واحد
منهما تمليكا من وجه واسقاطا من وجه ● وهذا لان الدين مال بالنظر الى المال حتى وجبت
فيه الزكوة ● ووصف بالنظر الى الحال حتى لا يحنث لو حلف ان لا مال له به ولهذا ارتد بالرد
وهو اية التمليك وتم بلا قبول وهي امارة الاسقاط ● والتعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات
المحضة دون ما فيه معنى التمليك ● وصح العمرى للمعمر حال حياته ولورثته من بعده ●
ولو قال داري لك رقبى او حبيس فهو باطل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا
لابي يوسف رحمه الله ● والاصل ان الشرط في الهبة ان كان يمنع ثبوت الملك للحال
يمنع صحة الهبة ● وان كان لا يمنع تصح الهبة ويبطل الشرط ● ثم تفسير العمرى ان
يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي رد فتصح الهبة ● لان هذا الشرط
لا يمنع اصل التمليك ● وتفسير الحبيس ان يقول هي حبيس عندي وان مت فهي لك ●
وتفسير الرقبى ان يقول ان هذه الدار لاخرنا موتا ● وهي من المراقبة ● لان كل واحد
منهما يترقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي
لك وان مت فهي لي فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال ● وقد صح
انه عليه السلام اجاز العمرى والرقبى ● ولان قوله داري لك تمليك صحيح ● وقوله
حبيس لغو ورقبى شرط فاسد لانه شرط رد الملك عليه بعد الموت ● لان معناه ملكتك
داري هذه وهو محبوس عندك وان مت فهي لي او ارقب موتك ليعود الي ملكي فيكون
بمنزلة العمرى ● وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم على انها من المراقبة
فحمل ابو يوسف رحمه الله هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر
فيكون كالعمرى ● وقالا المراقبة في نفس التمليك على ما فسرنا فكان هذا تعليق التمليك
بالخطر وهو موت المملك قبله وذا باطل فاذا لم يصح هبة عندهما يكون عارية ● لانه

اطلق

اطلق له الانتفاع ● ولا رجوع في الصدقة وان كانت كالهبة من حيث انها لا تصح الا بالقبض ولا
تصح في مشاع يحتمل القسمة لانها تبرع كالهبة ● لان ولاية الرجوع في الهبة لعدم حصول المقصود
وهنا المطلوب بالصدقة نيل الثواب وقد حصل فلا يرجع ● ولو تصدق على غني او وهب لفقير
لا يرجع اعتبارا للفظ في المسئلة الاولى وللمعنى في الثانية ● وحق الرجوع حق ضعيف ● فاذا
وقع الشك في ولاية الرجوع فلا يرجع بالشك ● ومن نذر ان يتصدق بماله او بملكه يتصدق ق
بجنس ما تجب فيه الزكوة ● وقد مرت في كتاب القضاء ● والعدل التسوية بين الابن
والبنت عند ابي يوسف رحمه الله لقوله عليه السلام سووا بين اولادكم حتى في القبلة
ولو كنت مفضلا احدا لفضلت البنات ● وعند محمد رحمه الله ان يسوي بينهما على سبيل الإناث
الميراث للذكر مثل حظ الانثيين اتباعا للميراث

فصل في الهبة في المرض

الاصل ان الهبة بغير عوض مشروط تبرع ابتداء وانتهاء فاسد التعويض في بطلان
حق الرجوع وهبة المريض وصية تعتبر من الثلث ● مريض وهب عبدا لصحيح قيمته
ثلثمائة على ان يعوضه عبدا قيمته مائة وتقابضا ومات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة
فالموهوب له يرد على الورثة ثلث العبد الموهوب او كله واخذ عبده لانه حابى بمائتين
وثلث ماله مائة ● فاذا رد الثلث سلم للورثة العوض وثلث الهبة وقيمتها مائتان ● وللموهوب له
ثلثا الهبة وقيمته مائتان الا ان مائة بعوض فبقي الوصية بمائة فاستقام الثلث والثلثان
ولو وهب المريض دارا قيمتها ثلثمائة على ان يعوضه عبدا قيمته مائة وتقابضا فللشفيع
ان يأخذها بقيمة العبد لان الهبة بشرط العوض بيع عند التقابض فكان للشفيع
ان يأخذها بقيمة العبد ● فان مات وابى الورثة الاجازة خير الشفيع كالموهوب له
اي يرد الشفيع ثلث الدار او كل الدار واخذ عبده ● ولو لم يكن العوض مشروطا لا يأخذ
بالشفعة لما مر ● ولو وهب المريض كر تمر قيمته ثلثمائة على ان يعوضه الصحيح كر تمر يساوي
مائة وتقابضا ومات ولم تجز الورثة رد كل الهبة واخذ كر نفسه او رد نصف الكر
واخذ نصف كره ● لانه لو رد الثلث يكون الثلثان في مقابلة كر وهو ربو فتعين ان
يرد نصف الكر ويأخذ نصف كره ليحصل للورثة مائتا درهم ● مائة وخمسون قيمة نصف
الكر وخمسون قيمة نصف الكر العوض وتحصل للموهوب له نصف الكر الهبة وقيمته
مائة وخمسون ● ولكن خمسون من ذلك بعوض بقي له وهو نصف الكر العوض ومائة بغير
عوض فاستقام الثلث والثلثان ● ولو لم يشترط العوض ان شاء رد الهبة واخذ العوض
وان شاء رد ثلثها ولا يرجع بشيء لانه لا يؤدي الى الربو ● لانه هبة ابتداء وانتهاء ● والله اعلم

كتاب الاجارة

هي بيع منفعة معلومة باجر معلوم
وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى على ان تأجرني ثماني حجج ● وشرائع من قبلنا تلزمنا
حتى يقوم الدليل على نسخه ● والسنة فقد قال عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان
يجف عرقه ● فالامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد ● وقد قال من استأجر اجيرا فليعلمه اجره

والإجماع الأمة والقياس يأبى جوازها. لأن العقد يرد على المعدوم وهي المنفعة التي توجد في مدة الإجارة والمعدوم ليس بمحل للعقد لأنه ليس بشيء فيستحيل وصفه بأنه معقود عليه. ولأنه لا بد من ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد. والمعدوم لا يوصف بأنه مملوك. ولا يمكن جعل العقد مضافا إلى زمان الوجود. لأن المعاوضات لا تحتمل الإضافة كالبيع. وإنما جوزناها لحاجة الناس إليها فالفقير يحتاج إلى مال الغني والغني يحتاج إلى عمل الفقير وحاجة الناس أصل في شرع العقود. فشرعت لترتفع الحاجة. وإنما تنعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي. نحو أن يقول أحدهما أجرت المنفعة ويقول الآخر قبلت. ولا تنعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل نحو أن يقول أجرني فيقول أجرت اعتبارا لبيع المنفعة ببيع العين. ثم نحتاج إلى بيان كيفية الانعقاد. فنقول العقد عندنا ينعقد ساعة فساعة في حق المحل على حسب حدوث المنافع والعين خلفا عن المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول عند الإضافة إلى العين ثم عمل العقد المنعقد يظهر أثره في حق المنفعة ملكا واستحقاقا بالعقد حال وجود المنفعة. وهذا كالسلم فإنه يقام الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم جواز السلم. وعند الشافعي رحمه الله تجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فإن العقد يستدعي محلا ينعقد فيه إذ الشرع حكم بالانعقاد واللزوم وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل لينعقد العقد وكان هذا العقد على خلاف القياس باعتبار تغير الحقيقة بإنزال المعدوم موجودا وسيأتي تقرير هذا الأساس إن شاء الله تعالى. ولا يصح حتى تكون المنافع معلومة والأجرة معلومة لما مر وبيانه في الأجرة. ويثبت الحكم في المنفعة دلالة. لأن الاشتراط ثم لقطع المنازعة والمنفعة تشابهها في هذا المعنى. ولأن شرعية المعاوضات لقطع المنازعات والجهالة في المعقود عليه والمعقود به مفضية إلى المنازعة المانعة من التسليم كالجهالة في المبيع والثمن فيشترط إعلامها قطعا للمنازعة وتتميما للفائدة باتصال التسليم. وما صح أن يكون ثمنا في البيع كالنقود والمكيل والموزون صح أن يكون أجرة في الإجارة. لأن الإجارة بيع المنفعة والأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع. وما لا يصلح ثمنا يصلح أجرة أيضا كالأعيان مثل العبيد والثياب. لأن الأجرة عوض مالي وكل ما هو مال وصلح عوضا صلح أجرة. أما الثمن فما يجب في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة. ثم إعلام الأجرة إن كانت من النقود ببيان النقد وبيان الصفة أنه جيد أو وسط أو رديء. وإن كانت الأجرة مكيلا أو موزونا أو عدديا متقاربا فإعلامها ببيان القدر والصفة وتحتاج إلى بيان مكان الإيفاء إذا كان له حمل ومؤنة عند أبي حنيفة رحمه الله. وإن كانت عرضا أو ثوبا يشترط فيه شرائط السلم لأن وجوب الثياب دينا في الذمة عرف بالشرع والشرع ورد به

بطريق

بطريق السلم. وفي هذا كله إذا كانت الأجرة عينا فإعلامه بالإشارة. لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف. وإن كانت حيوانا لا تجوز إلا إذا كان عينا لأن الحيوان لا يجب دينا في الذمة بدلا عما هو مال. وأما إعلام المنفعة فبطرق ثلاثة. إما ببيان المدة كاستئجار الدار للسكنى والأرضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت لأن المنافع تحدث شيئا فشيئا فمقدارها يصير معلوما ببيان المدة إذا كانت المنفعة لا تتفاوت. ولا فرق بين أن تكون المدة طويلة أو قصيرة إذا كانت معلومة. إلا أنه في الأوقاف لا يزاد على ثلاث سنين في الصحيح كيلا يدعي المستأجر ملكها. أو ببيان العمل وذا ببيان محله كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو يركبها مسافة سماها. لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدر ما يصبغ به إذا كان مما يختلف وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنس المسافة وصارت المنفعة معلومة فيصح العقد. وبالإشارة كمن استأجر رجلا لينقل هذا الطعام إلى موضع معلوم لأنه إذا أراه ما ينقله والموضع الذي يحمل إليه تصير المنفعة معلومة فيصح العقد. وقد يقال الإجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط والصباغ. ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك يكون في الأجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كاستئجار الرجل يوما أو شهرا للعمل كما في الأجير الواحد. ولا يصح العقد إلا بذكر المدة.

باب الأجرة متى تستحق

الأجر لا تملك بنفس العقد ولا يجب تسليمه عندنا عينا كان أو دينا. وإنما تملك بالتعجيل من غير شرط أو بشرط التعجيل أو باستيفاء المعقود عليه. وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب عند تسليم الدار والدابة إلى المستأجر لأنها عقد معاوضة فمطلقه يوجب ملك البدل بنفسه كعقد البيع. وهذا لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكما في حق انعقاد العقد. إذ من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدور التسليم. وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة كما جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الإرث والعتق والوصية. وكما جعل الحي حقيقة كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب. وهذا كالسلم فإنه بيع المعدوم حقيقة ولكن الشرع جعل العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم. وكذا هنا جعل منفعة العين كالعين في حكم العين. فكما يملك البدل في العقد الوارد على العين بنفسه فكذا في العقد الوارد على المنفعة. والدليل على أن المنفعة في حكم العين صحة الاستئجار بأجر مؤجل وما ليس بعين فهو دين والدين بالدين حرام. ولنا أن هذا العقد عقد معاوضة فيقتضي تقابل البدلين في الملك والتسليم. أي يثبت الملك في العوضين معا كالبيع لأن من قضية المعاوضة المساواة ثم أحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد بل تراخى حكم العقد فيها إلى حين وجودها فكذا الأجر وهذا لأنه معدوم في نفسه

والملك صفة الموجود فلا يتصف المعدوم به. وإذا لم يملك المعقود عليه في الحال فلو ملك البدل
يملك بغير عوض وذا ليس بمقتضى المعاوضة. وجواز العقد ليس باعتبار أن المنفعة المعدومة
جعلت موجودة حكما. وكيف يقال هذا والموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد
لأنها عرض لا يبقى زمانين والتسليم بحكم العقد يكون عقيبه فما لا يبقى زمانين لا يتصور
تسليمه بحكم العقد وما لا يتصور تسليمه بحكم العقد لا يكون محلا للعقد المعاوضة بل
باعتبار العين التي هي سبب لوجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب
والقبول. ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه في حكم المضاف إلى وقت الحدوث وهو
معنى قولنا إن عقد الإجارة في حق المعقود عليه في حكم المضاف إلى وقت الحدوث في حكم
عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع. وإنما أقمنا السبب مقام المسبب
ضرورة تصحيح العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في ملك
البدل بنفس العقد بل في حق البدل كالعقد المضاف إلى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله
وهذا أولى مما قاله لأن ما ذكره قلب الحقيقة وما ذكرناه تغيير أمر شرعي بدليل
شرعي لأن إقامة السبب مقام المسبب أصل في الشرع كإقامة السفر مقام المشقة والبلوغ
مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر وجواز السلم باعتبار المسلم فيه أخذ حكم الثمن ولهذا
شرط قبض رأس المال في المجلس كيلا يكون دينا بدين ولو كان له حكم العين الموجود
لما وجب قبض رأس المال في المجلس كما لو باع حنطة بعينها بدراهم. فإذا استوفى
المنفعة يثبت الملك في الأجر لأن التسوية قد تحققت وكذا إذا عجل أو شرط التعجيل
لأن امتناع الملك بنفس العقد لتحقق المساواة التي تثبت حقا له وهذا اختلاف الإجارة
المضافة بشرط تعجيل الأجرة فإن الشرط باطل لأن امتناع ثبوت الملك في البدل ثم
ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالإضافة إلى وقت في المستقبل والمضاف إلى وقت
لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت ولا يتغير هذا المعنى بالشرط. وإذا قبض المستأجر
الدار فعليه الأجر وإن لم يسكنها لأنه لما لم يمكن تسليم عين المنفعة لما مر أقيم تسليم
المحل الذي يتمكن من الانتفاع به مقامها. فلو كانت الأجرة دراهم في الذمة ولم
يشترط التعجيل ولم تمض المدة حتى صارفها بدنانير لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله
لأنه صرف بدين سيجب وعند محمد رحمه الله يجوز لأن الصرف بالدين لا يتعلق بعينه
بل بمثله وإذا تعلق بمثله والصرف يوجبهما حالا صار كأنهما شرطا التعجيل اقتضاء. وإن
غصبها غاصب من يده سقط الأجر لفوت التمكين إذ هو الفعل المستلزم للتمكين
ولا تمكين مع الغصب. وهل ينفسخ العقد ذكر الفضلي والقاضي فخر الدين رحمهما الله
في الفتاوى أنه لا تنتقض الإجارة ولكن يسقط الأجر ما دامت في يد الغاصب وذكر
في الهداية أن العقد ينفسخ وإن وجد الغصب في بعض المدة سقط بقدره لأن
السقوط بقدر المسقط. ومن استأجر دارا أو أرضا مدة معلومة فلم يبق الأرض

والدار

والدار أن يطالبه بأجر كل يوم. ومن استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجر
كل مرحلة. وليس للقصار والخياط أن يطالب بالأجر حتى يفرغ من العمل. والأصل
أن الإجارة معاوضة والملك في المنافع يتأخر ثبوته زمان العقد فكذا الملك في الأجر
وجب أن يتأخر ثبوته زمان العقد إذ قضية المعاوضة المساواة. وإذا لم يجب الأجر بنفس
العقد لا يجب إيفاؤه وقيل وجوبه ثم قال أبو حنيفة رحمه الله أولا وهو قول زفر
رحمه الله لا يجب إيفاء شيء من الأجر إلا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كانت الإجارة
معقودة على المدة كما في إجارة الدار والأرض أو على قطع المسافة كما في كراء الدابة إلى مكة
أو على العمل كما في القصار والخياط والصباغ. ثم رجع عن هذا وقال إن وقعت الإجارة
على المدة أو على قطع المسافة يجب إيفاء الأجر بحصة ما استوفى من المنافع إذا كان لما استوفى
حصة معلومة من الأجر ففي الدار يجب الإيفاء مرحلة مرحلة. وفي الإجارة التي تنعقد
على العمل ويبقى له أثر في العين حتى كان للعامل احتباسه فإنه لا يجب إيفاء الأجر إلا بعد
إنهاء العمل كله وإن كان حصة ما استوفى من العمل معلوما. إلا أن يكون عمل العامل
في بيت المستأجر فحينئذ يكون الجواب فيه كالجواب في الكراء كذا ذكره في الجامع
الصغير لفخر الإسلام والمستزاد وغيره وذكر في الهداية وكذا إذا عمل في بيت المستأجر
فلا يستوجب الأجر قبل الفراغ. وجه قوله الأول أن المعقود عليه شيء واحد وهو جملة
المنافع في المدة فما لم يسلم له كله لا يجب تسليم شيء من الأجرة كما في البيع لأنه لا يتوقع
وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن. وكما
لو كان المعقود عليه العمل. ووجه قوله الثاني أن الملك في الأجرة ووجوب التسليم
إنما تراخى عن العقد لضرورة تحقيق المساواة. فإذا استوفى المنفعة والعقد في حق المنفعة
يتجدد شيئا فشيئا يجب تسليم ما يقابله من الأجر وكان ينبغي أن يجب تسليمه شيئا فشيئا
ولو خطوة أو سكنى ساعة إلا أنا استحسنا وقدرنا بيوم ومرحلة لأن ذا يفضي إلى أن لا　كل ساعة
يفرغ عنه فيحتاج إلى أن تسليم الأجر كل ساعة وفيه من الحرج ما لا يخفى وبعض العمل
غير مقصود لأنه لا ينتفع بثوب خيط بعضه أو صبغ بعضه فكذا لا يستوجب الأجر
قبل الفراغ من العمل. والمبيع في حكم المرهون من حيث إنه محبوس بالثمن
والمرهون لا يستحق تسليمه إلا بعد قضاء كل الدين فكذا المبيع وهكذا في كل إجارة
للأجير فيها حق الاحتباس. ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من الدقيق بدرهم
لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأنه من تمام الخبز فإنه ليس كل أحد
يحسنه على وجه لا يحترق. فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر. فإن أخرجه
ثم احترق من غير فعله فله الأجر لأنه إذا أخرجه من التنور فقد أوفى عمله فصح التسليم
لقيام يده على الخبز بواسطة قيامها على منزله فإذا هلك بعده فقد هلك ما صار مسلما إلى المستا　جر
فلا يبطل بحدوث ما إذا لم يخرجه لأن العمل لم يوجد لأنه غير منتفع به فلم يصح التسليم

ولا ضمان عليه بالهلاك عند الكل. أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لم يهلك بصنعه. وأما
عندهما فلأنه هلك بعد التسليم. وذكر القدوري في شرحه أن على قولهما يجب
الضمان لأنه أجير مشترك والعين في يده أمانة عنده مضمونة عندهما. ثم لصاحب
الدقيق الخيار إن شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له. وإن شاء ضمنه قيمة خبزه
ويصير العمل مسلما إليه ويجب الأجر ولا ضمان عليه. ومن استأجر طباخا ليطبخ له
الطعام للوليمة فالغرف عليه. أي إخراج المرقة من القدر إلى القصاع عليه. وإن استؤجر
ليطبخ قدرا خاصا فإخراج المرقة ليس عليه كذا في الإيضاح والمحيط والمرجع في الجميع
العرف. وإن استأجر لبانا ليضرب له لبنا في ملكه فلبنه يستحق الأجر عند أبي
حنيفة رحمه الله. وقالا لا يستحق حتى يشرجه وهذا إذا ضرب اللبن في ملك المستأجر.
فإن ضربه في ملك نفسه فلا يجب الأجر عنده إلا بالعد عليه عند إقامته. وعندهما
بالعد عليه بعد التشريج كذا في نظم الزندويستي. لهما أن التشريج من تمام العمل عرفا
وبه يقع الأمن من الفساد فصار كإخراج الخبز من التنور. وله أن العمل قد تم بالإقامة
والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد عليه ولم يلتزمه فلا يلزمه كالنقل من مكان
إلى مكان بخلاف الإقامة لأنها من تتمة العمل لأن قبلها طين منتشر. وكل صانع
لعمله أثر قائم في العين كالصباغ والقصار فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر عليه
عندنا خلافا لزفر رحمه الله. له أن المعقود عليه وقع في يد المستأجر باعتبار اتصاله
بملكه ولا يبعد فصار كمن استقرض من آخر كر بر وأمره أن يبذرها في أرض
المستأجر فإنه يصير قابضا. ولنا أن المعقود عليه حقيقة وإن كان هو العمل ولكن
من حيث الاعتبار المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس
لاستيفاء البدل كما في بيع العين. ولا يتمكن من حبسه إلا بحبس العين فيكون له حبس
العين ضرورة ووقوعه في يده بغير رضاه فلا يسقط حقه في الحبس كما في بيع العين
إذا قبض المشتري المبيع بغير رضى البائع. ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند أبي
حنيفة رحمه الله لأنه لما لم يصر متعديا بالحبس عنده بقي العين في يده أمانة كما
كانت قبل الحبس ولا أجر له لأنه هلك المعقود عليه قبل التسليم. وهلاك المعقود عليه
قبل التسليم يوجب سقوط البدل كالمبيع العين إذا هلك في يد البائع. وعندهما العين
كانت مضمونة قبل الحبس بالعقد فكذا بعد الحبس ولصاحبه الخيار. إن شاء ضمنه
قيمته غير معمول ولا أجر له لأنه لم يصر العمل مسلما فلا يستحق الأجر وإن شاء ضمنه قيمته
معمولا وله الأجر. لأن المبيع صار مسلما إليه تقديرا لوصول بدله إليه فصار كالوصل
مسلما إليه حقيقة. وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يحبس العين للأجر
كالحمال والملاح لأن العين ليس بمعقود عليها والعمل الذي هو معقود عليه حقيقة قد
تلاشا واضمحل وليس لعمله أثر في العين حتى يقوم الأثر مقام العمل فلا يكون له ولاية

الحبس

الحبس ضرورة بخلاف الآبق إذا رده إنسان فإنه يحبسه للجعل ولا أثر لعمله لأنه لا يحبس
للعمل ولكنه لما رد عينا كان على شرف الهلاك صار بمنزلة إحياء العين وتمليكه منه
فملك حبس العبد كأنه باعه منه. فأما هنا فلم يوجد إحياء العين فلا يملك الحبس. وأما
القصار فإن كان يقصر بالنشاستج أو ببياض البيض فله حق الحبس لأنه اتصل بالثوب
مال قائم كما في الصبغ فأما إذا كان يبيض الثوب لا غير فقد قيل ليس له حق الحبس
لأن البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف إلى عمله بل البياض كان حاصلا ولكن
استتر بالدرن والوسخ فزال بعمله وظهر البياض الذي كان في الأصل. وقيل له حق
الحبس لأن ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالأوساخ فيبقى الغسل أحدثا الصنعة البياض
من حيث المعنى فيكون له حق الحبس كما في الخياطة. فإذا اشترط على الصانع أن يعمل بنفسه
بأن يقول له لتخيطه بنفسك أو بيدك فليس له أن يستعمل غيره. لأن المعقود عليه عمل
في محل معين فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه. وإن أطلق له العمل بأن يقول
استأجرتك لتخيط هذا الثوب بدرهم فهذا من قبيل إطلاق العمل عرفا. فإن كان
المذكور خياطته لفظا فله أن يستأجر من يعمله. لأن المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن
إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره كإيفاء الدين. ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة
ويجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه. ومعنى
المسألة أن يكونوا معلومين وهذا لأن الأجر مقابل بجملتهم فإذا أوفى بعض المعقود عليه دون
البعض استحق بقدر ما أوفى وبطل ما لم يوف. وإن استأجره ليذهب بطعامه إلى فلان
بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا أو لم يجد فلانا أو وجده لكن لم يدفع إليه فرده فلا
أجر له. وعند زفر رحمه الله له الأجر. وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة
ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرد الكتاب فلا أجر له عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب. وذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله
قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله. وغيره ذكر مع أبي حنيفة رحمهما الله. لزفر
أن الأجر بمقابلة حمل الطعام إلى البصرة وقد أتى بذلك ووفى بالشرط ثم هو في رده جان
فلا يسقط به حقه في الأجر. ولمحمد رحمه الله أنه أوفى بعض المعقود عليه دون البعض
فيستحق القدر بقدر ما أوفى. لأن الأجر مقابل بقطع المسافة لما فيه من المشقة لا بحمل
الكتاب وحمل الجواب. لأن الحمل ليس بعمل يقابله بدل لخفة مؤنته وقد قطعها
له في الذهاب فصار كما لو ترك الكتاب وعاد فإنه يستحق أجر الذهاب إجماعا.
ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه أبطل التسليم المعقود عليه فبطل استحقاق
البدل وهذا لأنه قابل البدل بنقل الكتاب إذ هو أمر مقصود بين الناس أو وسيلة
إلى المقصود وهو العلم بما في الكتاب المكتوب إليه. فإذا رده فقد نقضه فيسقط الأجر
كما في مسألة حمل الطعام. إذ المقصود ثم حمل الطعام إلى البصرة فإذا رده فقد

نقض المعقود عليه فصار كالخياط إذا خاط الثوب ثم نقضه. والفرق لمحمد رحمه الله
أن نقل الطعام عمل يقابل به الأجر لأن في إقامته مشقة وقد نقضه بالرد فبطل. وأما
نقل الكتاب فليس بعمل يقابل به الأجر لخفة مؤنته. وإنما الأجر مقابل لقطع المسافة
وقد قطعها له في الذهاب.

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

ولو استأجر دارا أو حانوتا سنة ولم يبين
ما يعمل فيها جاز. والقياس أن لا يجوز لأن المقصود من الدار والحانوت الانتفاع والانتفاع
قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الأمتعة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين
شيئا من ذلك. وجه الاستحسان أن المعقود معلوم بالعرف وهو السكنى فينصرف إليه
لأن المعلوم عرفا كالمشروط نصا. وله أن يسكنها ويسكنها من شاء لأنه لا يتفاوت الناس
في ذلك وله أن يعمل فيه كل شيء مما لا يضر بالبناء للإطلاق وذلك نحو الوضوء وغسل
الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع ونحو ذلك. إلا أنه لا يسكن حدادا أو
قصارا أو طحانا لأن ذلك يضر بالبناء فليس له أن يفعله إلا برضى المالك. والحاصل
أن كل عمل يفسد البناء أو يوهنه فذلك لا يصير مستحقا للمستأجر بمطلق العقد
إلا أن يشترطه. وما لا يفسد البناء فهو مستحق له بمطلق العقد. وصح استئجار الأرض
للزراعة لأنها منفعة مقصودة فيها وقد جرى التعارف في ذلك. وللمستأجر
الشرب والطريق وإن لم يشترطهما. بخلاف ما لو اشترى أرضا فإن الطريق
والشرب لم يدخلا بلا ذكر. والفرق أن المقصود من الإجارة الانتفاع حتى
لا يصح إجارة ما لا يمكن الانتفاع به في الحال كالمهر للركوب وغير ذلك. ولا انتفاع
للانتفاع بالأرض إلا بالشرب والطريق فيدخلان بمطلق العقد. فأما المقصود
بالشراء ملك العين لا الانتفاع حتى صح شراء ما لا ينتفع به كشراء الجحش والأرض السبخة
وملك العين مقصود بقطع الطريق والشرب فلا ضرورة إلى إدخالهما بدون ذكر يذرع
الحقوق أو المرافق. فلا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأنها قد تستأجر
لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والأرز وغيرهما وبعضها يضر بالأرض
فما لم يبين شيئا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوما وإعلام المعقود عليه شرط
لجواز الإجارة إلا أن يقول على أن يزرع ما شاء. لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة
ارتفعت بتفويض الخيرة إليه. ويجوز أن يستأجرها ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا
أو شجرا لأن هذه منفعة مقصودة بالأراضي. فإن مضت مدة الإجارة لزم المستأجر
قلع البناء والغرس وتسليمها فارغة. لأنه ليس لهما نهاية معلومة فلو لم يقلعها يتضرر
رب الأرض. بخلاف ما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يدرك حيث
يترك بأجر المثل في يده إلى أن يستحصد. لأن لبلوغ الزرع غاية معلومة. وكان
في التأخير بالأجرة مراعاة الحقين. إلا أن يختار رب الأرض أن يغرم له قيمته مقلوعا

ويتملكه. وهذا إذا رضي صاحب الغرس والشجر إلا أن ينقص الأرض بالقلع فحينئذ
يتملكها بغير رضاه أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا. ولأن
الحق له فله أن يأخذه. وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض رطبة قلعت الرطبة لأنه
ليس لانتهائها غاية معلومة فصارت كالشجر. وصح استئجار الدابة للركوب والحمل
والثوب للبس فإن لم يبين من يركبها أو ما يحمل عليها أو من يلبسه فالإجارة فاسدة
لأن حمل بعض الأشياء وركوب بعض الأشخاص أو لبس بعض غير معلوم لينصرف مطلق
العقد إليه ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فما لم يبين لا يصير المعقود
عليه معلوما فلا يحكم بجواز الإجارة. فإن أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس
من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملا بإطلاق اللفظ. ولكن إذا ركب بنفسه
أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مرادا من الأصل فصار كأنه نص على ركوبه
ابتداء. فإن قال على أن تركبها فلانا أو تلبسه فلانا فأركبها غيره أو ألبسه غيره
فعطبت ضمن لأن التقييد مفيد لتفاوت الناس في الركوب واللبس. ومثله كل ما
يختلف باختلاف المستعمل كالفسطاط ونحوه حتى لو استأجر فسطاطا فدفعه
إلى غيره إجارة أو إعارة فنصبه وسكن فيه ضمن عند أبي يوسف رحمه الله لتفاوت الناس
في نصبه واختيار مكانه وضرب أوتاده. وعند محمد رحمه الله لا يضمن لأنه للسكنى
فصار كالدار. فأما في العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل بطل تقييده لأنه لا يفيد
لعدم التفاوت حتى لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره. وما يضر بالبناء كإسكان
الحداد ونحوه خارج بدلالة الحال على ما مر. فإن سمى نوعا أو قدرا ككر بر فله أن يحمل
ما هو مثل البر في الضرر أو أخف كالشعير والسمسم لدخوله تحت الإذن ظاهرا
لعدم التفاوت أو لأنه خير من الأول. وليس له أن يحمل ما هو أضر من البر كالملح
والحديد لصحة التقييد لأنه لا يرضى بما هو أضر. وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا
من القطن فليس له أن يحمل مثل وزنه حديدا. لأن القطن ينبسط على ظهر الدابة
والحديد يجتمع في موضع واحد فيدق منه ما لا يدق من القطن فلا يكون الرضى بالقطن
رضى بالحديد. وإن استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها
سواء كان أخف أو أثقل لأنه أتلف الدابة بالركوب لا باعتبار الثقل فرب ثقيل يحسن
الركوب ولا يضر بالدابة ورب خفيف لا يحسن الركوب ويضر بالدابة. ورب
خفيف لا يحسن فيضر بها. ولأن الآدمي لا يوزن بالقبان فلا يمكن معرفة وزنه
فاعتبر عدد الراكب كما في الجراحات يعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات. فإن من جرح
إنسانا جراحة وجرحه آخر جراحات ينتصف الضمان فربما يهلك الإنسان من جراحة
ويسلم من عشر جراحات. وهذا إذا كانت الدابة تطيق حمل اثنين فإن علم أنها
لا تطيق كل ذلك يضمن كل قيمتها لأنه متلف لها. أما إذا كانت تطيق فالتلف حصل

يركب به وهو ماذون فيه وبركوب غيره وهو غير ماذون فيه فيتوزع الضمان على ذلك
بنصفين. وإن استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت
ضمن ما زاد الثقل لأن تلف الدابة بالثقل والثقل منقسم فبعض اجزاءه ماذون فيها
وجزء واحد غير ماذون فانقسم عليهما. الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة
فحينئذ يضمن كل قيمتها لانه خارج عن العادة فلم يكن ماذونا فيها اصلا. وان كبح
الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله. وقالا لا يضمن اذا
فعل فعلا متعارفا لان بمطلق العقد يستفاد الاذن فيما هو متعارف والثابت
عرفا كالثابت شرطا. والضرب والكبح باللجام معتاد في السير فلا تنقاد الدابة الا
بهما فكان الاذن ثابتا عرفا. ولو اذن فيهما نصا لم يضمن المستاجر به فكذا اذا ثبت
عرفا. وله انه ضربها غير مالكها وذا بعد موجب للضمان. وهذا لان المستحق بالعقد
سير الدابة لا السير بصفة الجودة وهو لا يحتاج الى الضرب والكبح في اصل السير. وانما
يستخرج بهما منتهاه نهاية السير والجودة فيه وثبوت الاذن بمطلق العقد يقتصر
على المستحق بالعقد. على انه ان ابيح له الضرب فيتقيد بشرط السلامة كتعزير الزوج
زوجته ومشيه في الطريق. بخلاف ما اذا اذن له المالك فيه نصا لان بعد الاذن فعله
كفعل المالك. وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها
فنفقت فهو ضامن. قيل هذا اذا استاجرها او استعارها ذاهبا وجائيا. فاذا ردها
الى الحيرة ونفقت فلا ضمان عليه. وهذا لانه اذا استعارها ذاهبا وجائيا فاذا جاوز
الحيرة فلم ينته العقد. فاذا عاد الى الحيرة عاد والعقد باق والمستعير والمستاجر مامور
بالحفظ فمتى بقي العقد بقي الامر بالحفظ. فاذا عاد الى الوفاق فالامر بالحفظ قائم فقد
صار ممتثلا امر المالك ويد المامور كيد الامر. فكان الرد الى يد المامور كالرد الى يد
الامر. وهذا هو الطريق في المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق على ما سبق في الوديعة. فاما
اذا استاجر او استعار ذاهبا لا جائيا فالعقد انتهى بالوصول الى الحيرة. واذا انتهى العقد
انتهى الحفظ بالامر لان الامر بالحفظ ما ثبت نصا وانما يثبت مقتضى الاجارة والاعارة
فينتفي بانتفاء الاجارة والاعارة. فاذا عاد الى الحيرة عاد والامر بالحفظ ليس بقائم
فلا يصير ممتثلا امر المالك فلا يعود امينا. بخلاف المودع لان الامر بالحفظ في الوديعة
ثبت قصدا وهو مطلق فيتناول كل زمان ما قبل الخلاف وما بعده. فاذا عاد الى الوفاق
عاد والامر بالحفظ قائم فصار ممتثلا امر الامر. وقيل لا بل هو ضامن في الوجهين.
والفرق ان المودع مامور بالحفظ قصدا او نصا من جهة المالك فيبرأ عن الضمان
اما المالك فما امر المستاجر والمستعير بالحفظ قصدا او نصا. وانما امرهما بالاستعمال
والانتفاع فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الانتفاع. فاذا جاوز الحيرة صار غاصبا
للدابة ودخلت في ضمانه. والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو

مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد وهذا الاصح. وقيل لا والاول اصح. ومن
اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر
يضمن اجماعا للعدول الى خلاف الجنس. وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر
ضمن كل القيمة عند ابي حنيفة رحمه الله اذا هلك. وعندهما يضمن الزيادة لعدم
الاذن في قدر الزيادة. وهذا لان الاكاف والسرج جنس واحد لكون كل
واحد منهما اداة للركوب فكان الاذن بهذا اذنا بذلك دلالة. الا انه اذا كان اثقل
منه لا يكون اذنا بتلك الزيادة. وله ان الخلاف في الاكاف ثابت صورة
ومعنى لاختلافهما ماهية وماهيئة فيضمن القيمة اذا عطبت كما اذا حمل الحديد
مكان الحنطة. وان نزع السرج واسرجه بسرج تسرج بمثله الحمر لم يضمن
لانه ليس بمخالف معنى والعبرة للمعنى الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ
ضمن الزيادة. وان كان لا يسرج بمثله الحمر ضمن كل القيمة لانه بعد اتلاف للدابة
كمن ابدل الحنطة بالحديد. وان استاجر حمالا ليحمل له متاعا وعين له الطريق
فاخذ في طريق اخر مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه ان هلك المتاع. وان بلغ فله الاجر
المسمى. وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند عدم التفاوت لا يصح
التعيين لانه لا يفيد. اما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد. وان كان
طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا. فان بلغ فله
الاجر لانه اذا سلم بطل جانب الخلاف لان جنس الطريق واحد. فان حمله في البحر
فيما يحمله الناس ضمن اذا تلف لان البحر متلف فعله عرضه للتلف حتى ان للمودع
ان يسافر بالوديعة في البر دون البحر فكان التفاوت فاحشا بين البحر والبر
في الخطر. فاذا افصله بما لا خطر فيه صح التقييد واذا صح التقييد ثبت الخلاف
فاذا ثبت الخلاف وجب الضمان. وان بلغ فله الاجر المسمى لان المقصود قد حصل
وبالتبليغ ارتفع التفاوت معنى وان بقي صورة. ومن استاجر ارضا ليزرعها
حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اعظم ضررا بالارض من الحنطة
لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما
نقصها ولا اجر عليه لانه صار غاصبا حيث استعمل الارض بجنس اخر غير جنس
ما امر به. ومن دفع الى خياط ثوبا وامره ان يخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء
واقر بالخلاف فلرب الثوب الخيار ان شاء ضمنه قيمة الثوب وترك القباء عليه
وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى. قيل المراد بالقباء القرطق
الذي هو ذو طاق واحد فان هذا القباء يشبه القميص لان بعض الناس يستعملونه
استعمال القميص فكان موافقا من جهة مخالفا من جهة. فان شاء رضي به باعتبار
جهة الموافقة. وان شاء تركه باعتبار جهة المخالفة. وقيل هو مجرى على اطلاقه

لأنه أطلق في الكتاب القباء فدل ذلك على أن الحكم في الكل واحد وقد وجد التقارب
بينهما في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد وستر العورة ولكل واحد كمان وذيل
ودخريص وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا خيار لرب الثوب
والخياط ضامن قيمة ثوبه لأن القباء جنس آخر غير جنس القميص فكان مخالفا من
كل وجه فكان غاصبا من كل وجه وحكم الغاصب من كل وجه هذا وجه ظاهر
الرواية أن الخياط موافق من وجه مخالف من وجه فيخير كما لو خالفه في خياطة
القميص من حيث الطول لا القصر أما الخلاف فظاهر وأما الوفاق فلأن القبا
يشبه القميص ألا ترى أنه يشد وسطه فيصير بمعنى القميص انتفاعا فإن مال إلى
الخلاف ضمنه قيمته وكان الثوب للخياط وإن مال إلى الوفاق أخذ الثوب وأعطاه
أجر مثله دون المسمى لأن جهة الموافقة قاصرة وإنما رضي بالمسمى بتلك الصفة المخصوصة
فإذا لم يكن على تلك الصفة وجب أجر المثل ألا ترى أنه لو خاط قميصا مخالفا لما وضعه
لم يجب المسمى لفوات وصف يقابله المسمى فههنا أحق فلا يتجاوز به المسمى كما هو الحكم
في الإجارة الفاسدة ولو خاط سراويل وقد أمر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت
في المنفعة وقيل يخير وهو الصحيح لثبوت الموافقة في أصل منفعة اللبس والستر
وصار كمن دفع شبها ليضرب له طشتا فضرب له كوزا فإنه يخير بين أن يضمنه
مثل شبهه وبين أن يأخذه ويعطيه أجر مثل ما عمل وكذا في السراويل يجب
أن يكون كذلك بان من الإجارة الفاسدة

باب الإجارة الفاسدة

قال وتفسد الإجارة بالشروط مثل أن يستأجر رحى ماء على أنه
إن انقطع الماء فالأجر عليه لأن هذا الشرط مخالف لموجب العقد فموجب العقد
أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد
فهو مفسد للعقد لأن الإجارة تبتنى على المضايقة والمماكسة فيفسد بالشرط
كالبيع لأن اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى أن النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة
لا يفسد بالشرط والواجب في الإجارة أجرة المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر
والشافعي رحمهما الله يجب أجر المثل بالغا ما بلغ لأن المنافع متقومة عندهما فإذا
تعذر إيجاب المسمى يصار إلى القيمة كما في بيع الأعيان ولنا أن المنافع غير متقومة
بنفسها لأن التقوم يستدعي سبق الإحراز وما لا يبقى كيف يحرز وإنما صارت متقومة
شرعا بالعقد ضرورة حاجات الناس إليه ولا يقال لما كان تقوم المنافع بالعقد
وإذا فسد العقد ينبغي أن لا يجب شيء لأن الإجارة الفاسدة ملحقة بالإجارة الصحيحة
لكونها تبعا لها والبيع يثبت بحسب ثبوت الأصل وهذا لأن الفاسد مشروع
بأصله دون وصفه وفي تمييزه من الصحيح حرج فألحقناه به وإذا التحق الفاسد
بالصحيح فيعتبر في الإجارة الفاسدة ما يجعل بدلا في الصحيح عادة وهو أجر المثل

إلا أنه إذا كان المسمى أقل يجب المسمى لاتفاقهما على هذا القدر فلم يظهر التقوم فيما
زاد على ذلك فإذا انتقص أجر المثل يجب أجر المثل لفساد التسمية بخلاف البيع العين
لأن العين متقوم في نفسه فلا يحتاج إلى اعتبار العقد لإظهار القيمة والموجب
الأصلي فيها القيمة فإن صحت التسمية نقل منها إليها وإلا لا وإن استأجر دارا كل شهر
بدرهم صح العقد في شهر واحد وفسد في بقية الشهور إلا أن يسمي كل الشهور
لأنه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما سوى الأدنى والكل لعدم
أولوية بعضها على البعض فتعين الأدنى وهذا معنى قولهم إن كلمة كل إذا دخلت
على ما لا يعرف منتهاه يراد به أدناه فإذا تم الشهر الأول فلكل واحد منهما أن ينقض
الإجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور جاز لأن المدة صارت معلومة
لارتفاع المانع من الجواز فإن سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد ولم يكن
للمؤجر أن يخرجه إلى أن ينقضي الشهر الأبعد وكذا كل شهر يسكن في أوله لأن
التراضي منهما هنا بالعقد يتم بالسكنى في الشهر الثاني وهذا هو القياس وقد مال
إليه بعض المشايخ وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من
الشهر الداخل ويومها لأن ذلك رأس الشهر وفي اعتباره الأول نوع حرج وإن
استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وإن لم يسم قسط كل شهر ويعتبر
ابتداء المدة مما سمى وإن لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجرها لأن الأوقات
كلها في حكم الإجارة سواء في مثله يتعين الزمان الذي يعقب السبب كما في الآجال
والأيمان بأن حلف لا يكلم فلانا شهرا بخلاف الصوم فإنه إذا نذر أن يصوم شهرا
لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لأنه يختص الشروع فيه ببعض الأوقات دون
الليل لا يصلح له ذلك ثم إن كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها
بالأهلة لأن الأهلة أصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي
مواقيت للناس والأيام بدل عن الأهلة ألا ترى أن قوله عليه السلام صوموا لرؤيته
وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم الهلال فأكملوا شعبان ثلاثين يوما وإنما يصار
إلى البدل إذا تعذر اعتبار الأصل وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة
رحمه الله وهو رواية عن أبي يوسف وعند محمد وهو رواية عن أبي يوسف رحمهما الله
يعتبر شهر بالأيام وأحد عشر شهرا بالأهلة لأن الأهلة أصل في الأحكام والأيام بدل
ففي الشهر الواحد تعذر اعتبار الأهلة وفي أحد عشر شهرا اعتبار ما هو الأصل ممكن
ولا معنى للمصير إلى البدل وله أنه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالأهلة تعذر
اعتبار الثاني والثالث أيضا لأن الشهر الأول لما وجب تكميله من الشهر الثاني لأنه
متصل به انتقص الثاني أيضا فوجب تكميله من الثالث هكذا إلى آخر المدة ونظيره
ويجوز أخذ أجرة الحمام والحجام أما الأول فلتعارف الناس وقد قال عليه السلام

ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد صح انه عليه السلام دخل حمام الجحفة
وما فيهما من الجهالة ساقط العبرة لمكان الضرورة واما الثاني فلانه عليه السلام احتجم
واعطى الحجام اجره ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل اكل الحرام لا يحل
دفعه لغيره لياكله وقوله عليه السلام من السحت كسب الحجام منسوخ بما روينا
ولا يجوز اخذ عسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لانه استيجار
لاستيفاء العين فقصد اولا امر موهوم وهو الاخبات ولا يجوز الاستيجار على الاذان
والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه ثم المذهب عندنا ان كل طاعة
يختص بها المسلم فالاستيجار عليه باطل وعند الشافعي رحمه الله كل ما لا يتعين على الاجير
اقامته فالاستيجار عليه جائز صحيح له انه استيجار على عمل معلوم غير متعين
عليه فيجوز كالاستيجار على بناء المسجد ولنا قوله عليه الصلوة والسلام اقرؤا
القرآن ولا تاكلوا به وقال عليه السلام لعثمان ابن ابي العاص صل بالقوم صلوة
اضعفهم وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى وقعت
يقع ثوابها للفاعل لا لغيره ولهذا يعتبر كونه اهلا للقربة ويشترط نيته لا نية
الامر ولو انتقل فعله الى الامر يشترط نية الامر واهليته كما في الزكوة وكان اخذ
الاجر على عمل نفسه لا للمستاجر فلا يجوز كما في الصوم والصلوة والفتوى على انه يجوز
الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لان المنع في ذلك اليوم لرغبة الناس في التعليم
حسبة ومروة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان بلا شرط وفي زماننا
قد زال المعيار ففي الامتناع منه تضييع حفظ القرآن ولا يبعد ان يختلف الحكم
باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء يخرجن الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن عمر رضي الله عنه عن ذلك وكذا يفتى بجواز
الاجارة على تعليم الفقه قال مشايخنا رحمهم الله يجبر الاب على دفع الاجر الى الاستاذ
وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وقال الامام الحراجري في زماننا يجوز للامام
والمؤذن والمعلم اخذ الاجر كذا في الروضة ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح
وساير الملاهي كالمزامير والطبل لان الاستيجار على المعصية باطل وهذا لان
بعقد الاجارة يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المرء شيء
يكون عاصيا به شرعا وتفسد اجارة المشاع الا من الشريك عند ابي حنيفة وزفر
رحمهما الله فيما يقسم وفيما لا يقسم وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
يجوز وبينهما سابق فيه ويجبران على ذلك وصورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه
من دار مشترك من غير الشريك او يوجر نصف عبد او نصف دابة لهما ان هذا
عقد معاوضة فيجوز في الشايع كالبيع وهذا لان موجب الاجارة ملك المنفعة
وللجزء الشايع منفعة ولهذا اذا سكن المستاجر فيها يجب اجر المثل على قول

ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولو كانت فاسدة لما انعقد اصلا كالاجارة على منافع الرضيع
والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايو وكل واحد من المستاجرين يملك منفعة النصف
شايعا ولانه لو اعار نصف داره شايعا يصح واثر الشيوع في منع التبرع اكثر في المنع
من المعاوضة كما في الهبة مع البيع فاذا جاز تمليك منفعة نصف الدار بطريق التبرع
فبطريق المعاوضة اولى ولهما انه تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد
فلا يصح وهذا لان استيفاء المنفعة من النصف شايعا لا يتصور اذ الانتفاع امر حسي
والشايع لا يحتمله والسكنى من الساكن لا يتصور في جزء شايع وانما يحل جزءا عينا
وكذا ساير الانتفاعات لا يتصور في الشايع واذا لم يتصور استيفاء المنفعة
من الجزء الشايع فهو باضافة العقد اليه ملتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه فيفسد
كما لو اجر العبد الابق وهذا لان شرط صحة العقد ان يكون مقدور التسليم في
نفسه وتسليم المشاع وحده لا يتصور وانما يتصور بطريق تبعي اما بتسليم كل الدار
في كل المدة وهو باطل لان العقد لم يتناول كل الدار في كل المدة وهو لا
يسلم كل الدار في كل المدة باختياره اذ فيه ضرر عظيم او بتسليم كل الدار في نصف المدة
ان يتهاياه زمانا وهو باطل ايضا لان التهايو انما يستحق حكما لملك المنفعة وملك المنفعة
حكم عقد الاجارة وكونه مقدور التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه وحكم
الشيء يعقبه او يقارنه ولا يصلح شرط جواز العقد لئلا ينقلب الحكم شرطا وهذا
لانه لا وجود للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصلح الا
والتخلية انما اعتبرت تسليما اذا كانت تمكينا وانما تكون تمكينا اذا حصل بها التمكن
والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر فعله تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكن ثم
واما اذا اجر من شريكه فالكل تحدث على ملكه ولا يظهر معنى الشيوع وانما يظهر الاختلاف
في حق النسب فالبعض بحكم الملك والبعض بحكم الاجارة ولا عبرة في اختلاف النسب
مع اتحاد الحكم واذا لم يظهر الشيوع صح العقد على انه لا يصح في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله
لان استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتادى الا بغيره ما هو منفعة نصيبه وذلك
مفسد للاجارة كمن استاجر احد زوجي المقراض لمنفعة قرض الثياب فانه لا
يجوز لان استيفاء المعقود عليه لا يمكن الا بالاخر ولا يتناوله العقد وان مات احد المستا جرين
حتى بطل العقد في نصيبه فعن ابي يوسف رحمه الله يفسد العقد في حق الاخر لان
الاجارة تتجدد انعقادها بحسب حدوث المنفعة فكان هذا الشيوع مقترنا بالعقد
وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الاخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه
فاما اصل العقد فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طاري والشيوع الطاري
لا يبطل العقد كما في الهبة اذا وهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وهذا لان شرط
العقد قد وجد وصح العقد وبقاء الشرط ليس بشرط لبقاء العقد ولان الشيوع

إنما يبطل لفوات القدرة ولا قدرة تشترط في حال البقاء كالعبد يأبق بعد العقد وأما إذا آجر من رجلين فلأن العقد أضيف إلى كل الدار ولا شيوع فيه وإنما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما وهو طارئ. وإنما وجب أجر المثل إذا سكن لأن الفساد للعجز عن التسليم فلا يمنع الانعقاد على الفساد كما إذا باع عبدا آبقا بألف درهم فإن العقد ينعقد على الفساد حتى إذا قبض الألف ملكها بحكم العقد الفاسد. ولو استأجر ظئرا بعينها للتي فيها ولم يبين موضعه لم تجز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لقوله تعالى فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن والمراد بعد الطلاق. وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونه فأقرهم عليه. ولأن الحاجة ماسة إليه إذ الصغير لا يتربى إلا بلبن الآدمية والأم قد تعجز عن الإرضاع لمرض أو موت أو حبل فلا يحصل المقصود إلا باستئجار الظئر. ثم قيل إن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه واللبن يستحق تبعا على مثال الصبغ في صبغ الثوب فيصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة. وقيل إن العقد يرد على اللبن لأنه المقصود والقيام بمصالحه تبع ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر وإن قامت بمصالحه. فلو كان اللبن تبعا ولم يكن البدل مقابلا به لاستوجب الأجر. وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله. والصحيح هو الأول لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان قصدا كما لو استأجر بقرة أو شاة مدة معلومة لشرب لبنها. ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز قياسا وهو قول الشافعي رحمه الله إذ الأجرة معلومة لأن الطعام مجهول الجنس والقدر والصفة والكسوة كذلك فلا تصح كما لو استأجرها للخبز والطبخ بطعامها وكسوتها. وله أن الجهالة إنما تفسد العقود لما أنها تفضي إلى المنازعة لا لعينها وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن العادة الظاهرة بين الناس التوسعة على الأظآر والجري على موجب مرادهن لأن منفعة ذلك ترجع إلى الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة. بخلاف الخبز والطحن والطبخ وغير ذلك لأن الجهالة ثم تفضي إلى المنازعة لجريان العادة بالمنافسة والاستقصاء فيها. فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز إجماعا. ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الأجرة دراهم ثم يستبدل بها طعاما فيصح لأنه لا جهالة فيه. ولو سمى الطعام وبين قدره وصفته جاز أيضا لما بينا ولا يشترط تأجيل الطعام لأن المكيل والموزون إذا كان موصوفا غير مشار بدليل ثبوته في الذمة فلا يشترط بيان الأجل ولكن يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة رحمه الله لأن له حملا ومؤنة وقد مر في البيوع. وإن استأجرها بثياب يشترط فيه جميع شرائط السلم من بيان القدر والجنس لأن وجوب الثياب دينا في الذمة عرف شرعا بخلاف القياس. والشرع إنما ورد بطريق

السلم فيشترط جميع شرائط السلم. وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لأن لأن الوطء حق مستحق له قبل عقد الإجارة بحكم عقد النكاح وعقد النكاح باق بعد الإجارة فيبقى ما كان حقا له. فإن كان لها زوج فأجرت نفسها ظئرا بغير إذنه فله أن يفسخ الإجارة سواء كان الزوج ممن يشينه أن تكون امرأته ظئرا أو لا لأن هذه الإجارة توجب خللا في حقه وهذا إذا كان الزوج معروفا. فأما إذا كان الزوج لا يعرف أنها امرأته إلا بقولها فليس له أن ينقض الإجارة لأن العقد قد لزمها وقولها غير مقبول في حق من استأجرها وللمستأجر أن يمنعه من غشيانها في منزله لأن المنزل له. فلا يكون له أن يدخله إلا بإذنه فإن حبلت أو مرضت فلهم أن يفسخوا الإجارة. لأن لبن الحامل والمريضة يضر بالصبي. وعليها إصلاح طعام الصبي وغسل ثيابه لأن العادة فيما بين الناس أن الظئر هي التي تتولى ذلك فصار ذلك كالمشروط. وهذا لأن هذه الأشياء من توابع الإرضاع. والأصل أن الإجارة إذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه إلى العرف وطعام الصبي على أبيه وعلى الظئر أن تهيئه للعرف. وما ذكره محمد رحمه الله أن الدهن والريحان على الظئر فذا من عادة أهل الكوفة. فإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لأن هذا لا يسمى إرضاعا بل هو إيجار فلم تأت بعمل مستحق عليها فلم تستحق الأجر. ومن استأجر إنسانا ليقتل قاتل وليه قصاصا لم يجز. وعند محمد رحمه الله يجوز لأنه عمل معلوم فصار كذبح الشاة. ولهما أنه لا تعارف فيه وجواز الإجارة بالتعارف ومن دفع إلى حائك غزلا لينسج له بالنصف أو بالثلث فالإجارة فاسدة والثوب لرب الغزل وللحائك أجر المثل. وكذا إذا استأجر جملا ليحمل له طعاما بقفيز منه أو استأجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فإنه لا يجوز. وإن حمله فله أجر مثله لا يجاوز بالأجر قفيزا. أما فساد الإجارة فلأنه جعل الأجر بعض ما يحدث من عمله فكان في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا أو ثورا ليطحن حنطة بقفيز من دقيقها. ولأن المسمى غير مقدور التسليم عند العقد إذ هو بعض المنسوج والمحمول والمستأجر عاجز عن تسليم ما سماه وإنما يصير مقدورا بالسلم بفعل الغير فلا يعد قادرا قبل حصوله. ولأنه جعل الأجر ما لا يمكن تسليمه إلا بعمل الأجير الذي يستحق عليه بحكم العقد وهو القفيز من دقيقها فتصير القدرة على التسليم الذي هو شرط العقد قائمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما بحكمه. وأما وجوب أجر المثل فلأنه سلم له المعقود عليه لأن العامل لم يصر شريكا في العين لأنه إنما شرط له قفيز محمول وليس بمحمول في أثناء التسليم بخلاف ما إذا استأجر ليحمل نصف

طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ما ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار حاملا طعاما مشتركا بينهما وحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لما نبينه ان شاء الله تعالى ولا يلزم ان الاجارة هنا وان صادفت محلا غير مشترك بينهما ابتداء فقد صادفت محلا مشتركا انتهاء لان العمل يتم والمحل مشترك لانه لا يجب بعض الاجر بابتداء العمل لانها لو صادفت محلا غير مشترك ابتداء ومحلا مشتركا انتهاء لم يمنع الانعقاد ومنع الجواز ولا يجاوز بالاجر قفيزا لان الاجارة لما فسدت وجب الاقل من المسمى ومن اجر المثل لرضاه بحط الزيادة وهذا الخلاف ما لو اشتركا في الاحتطاب فاحتطب احدهما فانه يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله تعالى لان المسمى غير معلوم ثم فلا يصح الحط ومن استاجر رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما جائز لان العقد وقع على عمل معلوم ببدل معلوم فصار كما لو لم يذكر الوقت وهذا لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود في الاجارات وذكر الوقت محمول على التعجيل لا لتعليق الوقت حتى لو فرغ منه في نصف النهار فله الاجر كاملا ولو لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمله في الغد لانه صار حينئذ مشتركا وله ان المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود عليه تفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود عليه يفسد العقد المنفعة اذ الوقت يختص بتقدير المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما غير ممكن لان العمل متى صار معقودا عليه لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب الاجر بتسليم النفس واغراض الناس في ذلك مختلفة فلا يتعين احدهما معقودا عليه لوجود التعارض وعدم الترجيح اذ مقصود المستاجر العمل لان نفعه فيه ومقصود الاجير الوقت لان نفعه فيه لانه يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد للافضاء الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر ان يقول منافعك في بقية المدة حق باعتبار تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل في اليوم فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه تصح الاجارة اذا قال في اليوم لانه للظرف لا للمدة فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم لانه للمدة وقد مر نظيره في الطلاق واذا استاجر عروسة للخبز والطبخ وارضاع الولد لا يصح لانه استاجرها على عمل هو عليها شرعا فانه عليه السلام جعل اعمال داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها واعمال خارج البيت على علي رضي الله عنه وقال الشافعي رحمه الله يصح ويجب الاجر اذا عملت كما بعد الابانة وان استاجر ارضا وشرط عليه ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد

ولو استاجر ارضا على ان يسقيها او يكربها فهو جائز واصله ان الشرط متى كان من مقتضيات العقد فلا يفسده والا يفسده ثم شرط السقي والكراب مما يقتضيه العقد لان الزراعة لا تتاتى الا بهما فاما التثنية فهو ان يرد الارض مكروبة او يكربها مرتين في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة فشرط مخالف لمقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة اما على التفسير الاول فلان الارض ينتفع به خاصة واما على الثاني فلان منفعة الكراب مرتين يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة حتى لو كانت المدة ثلاث سنين بحيث لا تبقى منفعته لا يفسد العقد وكذا لو كانت الارض في بلدة تحتاج الى تكرار الكراب ليخرج الريع لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد حينئذ واما اذا شرط عليه ان يسرقنها فانما يفسد العقد اذا بقيت منفعته بعد انقضاء المدة اما اذا لم تبق فلا يفسد العقد واما اذا شرط كري الانهار فلانه شرط لا يقتضيه العقد لانه من جملة التمكين من الانتفاع وذلك مستحق على الموجر فاشتراطه على المستاجر مخالف لمقتضى العقد وليس المراد بكري الانهار الجداول في الصحيح فان اشتراط كري الجداول صحيح لانه لا يبقى اثره الى العام الثاني فكان المستاجر هو المنتفع به خاصة دون غيره وهو واجب على المستاجر بدون الشرط فاذا شرط على المستاجر فقط شرط ما يقتضيه العقد واما المراد بها الانهار على الاطلاق لا بتناول الجداول ولان منفعة كريها تبقى الى العام الثاني فقد شرط عليه الموجر مما يختص هو بمنفعته ويفسده وان استاجر ارضا ليزرعها بزراعة ارض اخرى او دارا يسكنى دار اخرى او دابة ليركبها بركوب دابة اخرى او ثوبا ليلبسه بلبس ثوب اخر لا يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز لان المنافع كالاعيان عنده ومبادلة العين بالعين بجنسه صحيحة عند المساواة ولهذا تصح الاجارة ببدل دين ولو لم يكن في حكم العين لكان بيع الدين بالدين وكذا السكنى بالخدمة يصح ولم يجعل دينا بدين فكذا اذا قوبل بجنسه ولنا ما حكي ان ابن سماعة كتب الى محمد رحمهما الله وقال لم لا يجوز سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد رحمه الله في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع قوهي بقوهي بيانه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذا غير موجود في الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئة والجنس بانفراده يحرم النسا عندنا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان النسا في الجنس المختلف ليس بحرام كما لو اسلم هرويا في مروي ولانا انما جوزنا الاجارة بخلاف القياس لمساس الحاجة اليها والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكلام من باب الفضول والاجارة ما شرعت لا سيما للفضول

ليسكنها

ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو ذكر أنه يزرعها ولكن لم يذكر أي شيء
يزرعها فالإجارة فاسدة. أما الأول فلأن الأرض تستأجر للزراعة والبناء والغرس
فما لم يبين شيئا من ذلك لم يصر المعقود عليه معلوما. وأما الثاني فلتفاوت أنواع
الزراعات وبعضها يضر بالأرض فما لم يبين شيئا من ذلك لم يصر المعقود عليه معلوما
فإن زرع نوعا من هذه الأنواع ومضى الأجل فله المسمى وينقلب العقد جائزا استحسانا.
والقياس أن يجب أجر المثل وهو قول زفر رحمه الله لأنه استوفى المعقود عليه بحكم
عقد فاسد. وما وقع فاسدا لا ينقلب جائزا. ولنا أن المعقود عليه صار معلوما
قبل مضي الأجل فيرتفع الفساد فهو كالبيع إلى الحصاد والدياس إذا أسقط الأجل قبل
أوان الحصاد. وكإسقاط الخيار الزائد في المدة فإنه ينقلب جائزا استحسانا خلافا
لزفر رحمه الله. ومن استأجر حمارا إلى مكة بدينار ولم يسم ما يحمل عليه فالإجارة
فاسدة لتفاوت المحمول. فإن حمل عليه ما يحمل الناس على مثله فنفق في الطريق
لم يضمن لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر. وإن كانت الإجارة فاسدة.
لأن حكم الفاسد يؤخذ من الجائز. فإن بلغ المكان المسمى فله المسمى استحسانا. وفي
القياس يجب أجر المثل لما مر. وإن تشاجرا قبل الحمل هنا وقبل الزرع في المسئلة الأولى
نقضت الإجارة دفعا للفساد. ولو تعدى المستأجر وضمن لا يجب الأجر لأنه صار
غاصبا للعين فكان هذا إتلافا للمنافع بطريق الغصب لا استيفاء للمنافع المملوكة
بالعقد فلم يجب عليه بدل لها. وعند الشافعي رحمه الله لا يسقط لأنها ملحقة بالعين
عنده. وثمن المبيع لا يسقط بجناية المشتري على مال آخر للبائع. وإذا كان الطعام
مشتركا بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو حمار صاحبه ليحمل نصيبه منه
إلى مكان كذا فحمل الطعام كله فلا أجر له لا المسمى ولا أجر المثل. وقال الشافعي
رحمه الله يجب له المسمى لأن الإجارة بيع فيصح في الشائع كبيع العين خصوصا
على أصله لأن المنفعة كالعين عنده وصار كما إذا استأجر دارا مشتركة
بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب بدرهم
ولنا أن العقد ورد على ما لا يحتمل الوجود فبطل ولا ينعقد كإجارة ما لا منفعة له
وهذا لأن المعقود عليه حمل النصف الشائع وحمل النصف الشائع غير متصور لأن
الحمل فعل حسي لا يتعلق في الشائع بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي وهو يحتمله
وإذا لم ينعقد لا يجب الأجر أصلا. ولأن ما من جزء يحمله من الطعام إلا وهو شريك
فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه. لأن كونه عاملا لنفسه
يمنع تسليم عمله إلى الغير وبدون التسليم لا يجب الأجر. غاية الأمر أنه عامل للغير أيضا
لكن جعله عاملا لنفسه أولى لأن الأصل أن الإنسان يعمل لنفسه مع ما فيه
من تمليك المنافع المعدومة. ولأنه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الأجر فلو كان

عاملا للغير يجب فلا يجب بالشك. ولا يقال المحمول لما كان مشتركا محال لأنه
عرض وهو لا يتجزى. بخلاف الدار المشترك لأن المعقود عليه ثمة المنافع ويتحقق
تسليمها بلا وضع الطعام. وبخلاف العبد لأن المعقود عليه ملك نصيب صاحبه
والملك وصف حكمي والشائع يقبل الصفات الحكمية. ولو استأجر دابة ثم جحد
الإجارة في بعض الطريق وجب أجر ما ركب قبل الإنكار ولا يجب الأجر لما بعده عند
أبي يوسف رحمه الله لأنه بالجحود صار غاصبا. والأجر والضمان لا يجتمعان. وقال
محمد يجب الأجر كله لأنه سلم من الاستعمال فيسقط الضمان

باب ضمان الأجير

هو فعيل بمعنى مفاعل. وفي المغرب آجرت الرجل مؤاجرة إذا
جعلت له على فعله أجرة. وفي باب فاعل من جامع الغوري آجره الدار. وهكذا
في ديوان الأدب والمصادر. وفي كتاب العين آجرت مملوكي أو أجرته إيجارا
فهو مؤجر. وفي الأساس آجرني داره فاستأجرتها وهو مؤجر. ولا تقل مؤاجر
فإنه خطأ وقبيح. وليس آجر هذا فاعل ولكن أفعل. وإنما الذي هو فاعل قولك
آجر الأجير مؤاجرة. واسم الفاعل من نحو آجرت الدار والأجير في معناه غلط
إلا أن يقال إنه نظير قولهم مكان عاشب في معنى معشب الأجراء ضربان
أجير مشترك وأجير خاص. فالأجير المشترك من لا يستحق الأجر حتى يعمل ويعمل لغيره
كالصباغ والقصار. لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو الوصف الذي يحدث
في العين بعمله لا يمتنع بعمل مثل ذلك العمل لأن ما استحقه الأول في حكم الدين لأنه في
ذمته وهو نظير السلم. فإن المسلم فيه كان دينا في ذمته لا يتعذر عليه قبول السلم
من غيره. ولهذا سمي مشتركا لأن له أن يعمل لمن شاء ولم تصر منافعه مستحقة لواحد
والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد
رحمهم الله وهو القياس سواء هلك بأمر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب
أو لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والغارة الغالبة والمكابرة. وقالا إن هلك
بأمر لا يمكن التحرز عنه فلا ضمان. وإن هلك بأمر يمكن التحرز عنه فعليه الضمان
استحسانا لأن عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الأجير المشترك احتياطا
لأموال الناس. ولأن المعقود عليه أيضا هو الحفظ. وعقد المعاوضة يقتضي
سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن عيب
سبب الهلاك الذي لا يقع إلا لتقصير في الحفظ ولو بالغ لاندفع. فإذا أهلك
بجهة يمكن الاحتراز عنها كالغصب والسرقة صار بالتقصير تاركا ذلك
الحفظ الذي ضمنه له بعقده فيضمن كالوديعة إذا كانت بأجر. وصار مثل
الدق فالمستحق بالعقد دق سليم عن عيب التخرق فإذا تخرق كان ضامنا
وهذا لأنه لا يتوصل إلى إقامة العمل إلا بالحفظ. والعمل السليم يستحق عليه

وما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون مستحقا. الا ان ما يمكن التحرز عنه يكون عفوا
كالموت حتف انفه والحرق الغالب وغيرهما. لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن
لعدم الجناية والتقصير منه له ان العين امانة عنده لانه قبض العين باذن المالك
لمنفعته وهي اقامة العمل فيه فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحد وهذا
لان الضمان انما يجب بالتعدي او بالعقد ولم يوجد واحد منهما. اما التعدي
فلانه قبض باذن المالك. واما العقد فلانه ورد على العمل لا على العين فلا يصير
العين به مضمونا. ولهذا لو هلك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن. ولو كان مضمونا
لضمنه كالمغصوب. واما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه. ولهذا لا
يقابل بالاجر بحال وجعل العين تابعا للعمل قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عن ضرورة
كما في الحيز اذ لا يقدر على حبس اثر فعله الا بحبس العين. بخلاف المودع بالاجر
لان الحفظ مستحق عليه مقصودا. اذ العقد عقد حفظ والاجر في مقابلة الحفظ.
وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وعنه ذلك
وكانت المسئلة مختلفة بين اصحابه فلا يجب تقليد البعض. وضمن ما تلف
بعمله كتخريق الثوب بدقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري
الحمل وغرق السفينة من مده. وقال زفر والشافعي رحمهم الله لا ضمان عليه
لانه ماذون فيه فلا يكون مضمونا عليه كالعين في الدق واجير الوحد. وهذا
لانه امر بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم. واما التخرق فلضعف
في الثوب. ولئن كان لمعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن. اذ الدق المصلح ليس
في وسعه. ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه الا بحرج. وما فيه حرج
ملحق بما ليس في الوسع وهو كالبزاغ والفصاد والحجام والختان فانه لا يجب
الضمان عليهم اذا سرى الى النفس لهذا المعنى. ولنا ان التلف حصل بعمل غير
ماذون فيه فيكون مضمونا كما لو دق الثوب بغير امره. وهذا لان الداخل
تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد والداخل تحت العقد ما هو العمل المصلح. لان
الاذن انما يثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد للتسليم. لان مطلق عقد المعاوضة
يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في العيوب في البيوع. فاذا ثبت
ان المعقود عليه التسليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه.
كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع اخر. بخلاف معين القصار لانه متبرع
وعمل المتبرع لا يتقيد بوصف السلامة لئلا يمتنع عنه مخافة الغرامة. وهنا يعمل
بالاجر فيتقيد بوصف السلامة. وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما. لان العقد يتناول
العمل الصالح. لان نفس ذلك العمل فساد. واما السلامة المطلوبة من العمل ان لا يجاوز
العدة المعتادة ومتى جاوز ضمن. وههنا الملتزم بالعقد الدق المعتاد فمتى جاوز كان المزيق

المحسن ولانه لا يمكن الاحتراز عن العمل الساري لان السراية والاقتصار يتبعان
قوة الحمل على احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفة
والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال. واما التحرز عن التخرق ففي وسع القصار
الا انه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وعقده. وانما
يعتبر في خطابات الشرع رحمة ونظرا. بخلاف اجير الوحد لما بيناه. وانقطاع الحبل
من قلة اهتمامه فكان من صنعه. الا انه لا يضمن به بني ادم ممن غرق في السفينة
او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده. لان الواجب ضمان الادمي وذا لا يجب
بالعقد. وانما يجب بالجناية. الا ترى انه يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله
العاقلة. واذا استاجر حمالا لا يحمل له شيئا على ظهره او على دابته الى موضع معلوم فانكسر
في بعض الطريق او كسره عمدا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي
حمله ولا اجر له. وان شاء ضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي انكسر او كسره واعطاه
اجره بحسابه. وقال زفر رحمه الله ان انكسر لا يضمن شيئا لما بينا. وان كسره
يضمن قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له. وان شاء ضمنه قيمته محمولا في الموضع
الذي كسره لانه اتلفه في هذا المكان فيضمن ما هو قيمته في هذا المكان ويعطيه اجر
ما حمل لانه وفاه المنافع الى ههنا ولا خيار للمستاجر عنده. اما الضمان عندنا في مسئلة
الانكسار فلان الحمال اجير مشترك فيضمن ما تلف بجنايته يده. لان السقوط بالعثار
او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه. واما الخيار فلان الحمال موافق من وجه فانه
امر بالحمل على وجه يصير محمولا الى مكان معين ولم يات بذلك الحمل. فان مال
الى جهة الخلاف ضمنه في المكان الذي انكسر واعطاه من الاجر بحسابه. لان المعقود
عليه فات بعضه فصار كالمبيع العين اذا فات بعضه. وثم خير المشتري كذا هنا.
فان قيل كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم. قلنا
لانه لما انكسر في الطريق والحمل واحد حكما. اذ الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو
ان يحمله محمولا الى موضع عينه ظهر انه وقع تعديا ابتداء في الحقيقة ابتداء او
سليم. وانما صار تعديا عند الكسر. فان مال الى الوجه الحكمي فلا اجر له. لانه ما استوفى
من عمله اصلا. وان مال الى الوجه الحقيقي فله الاجر بقدر ما استوفى. والاجر والضمان
انما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة هنا. وهذا لانه اذا ضمنه قيمته
في مكان الكسر فقد جعل المتاع امانة عنده من حيث حمل الى موضع الكسر فالاجر
يجب في حالة الامانة. وانما صار مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة اخرى. وان تلف
في يده بغير فعله بان زحمه الناس لا يضمن عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما. ولا
يضمن حجام او بزاغ او فصاد اذا لم يتعد المعتاد فيما عطب من ذلك لانه لا يمكنه الفصد
والحجامة متحرزا عن سبب الهلاك لغموض احوال باطن الحيوان فربما يكون ضعيف

المزاج لا يندمل سريعًا وقد يسري إلى النفس وربما يكون قوي المزاج فيندمل في تلك
الساعة ولا اطلاع للفصاد على قوة طبعه وضعفه فلا يتقيد العمل بالمصلحة من العمل
وكيف يستحق السلامة بالعقد هنا والمطلوب هو الجرح وهو إفساد وتخريب البنية
كما ترى والسلامة ضده ولا كذلك دق الثوب ونحوه لأن قوة الثوب ورقته
تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد بالمصلحة فإذا أفسده يضمنه والأجير الخاص
من يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرًا للخدمة
أو لرعي الغنم وقد يسمى أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل في تلك المدة لغيره لأن
العقد ورد على منافعه وذلك العمل لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة
فإذا صارت منافعه مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من إيجابها لغيره كما لو
باع عينًا من رجل لا يملك بيعه من غيره ولهذا لو سلم نفسه ولم يعمل أو نقص العمل
يستحق الأجرة بخلاف الأجير المشترك واعلم أنه لو استأجر رجل ليرعى غنمه
بدرهم شهرًا فهو أجير مشترك إلا أن يقول ولا ترعى غنم غيري فحينئذ يصير أجير وحد
وإن ذكر المدة أولًا بأن استأجر ليرعى غنمه شهرًا بدرهم فهو أجير وحد إلا أن
يقول وترعى غنم غيري ولا يضمن الأجير الخاص ما تلف في يده ولا ما تلف من عمله
أما الأول فلأن العين أمانة في يده بالإجماع أما عنده فظاهر وكذا عندهما
لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس لأنه
يتقبل أعمالًا كثيرة رغبة في كثرة الأجر ويعجز عن قضاء حق الحفظ فيها حتى لا
يقصر في حفظها أو لا يأخذ إلا بالغدر على حفظه وأجير الوحد يعمل له في بيته
ولا يتقبل الأعمال من غيره فأخذناه بالقياس ولأن البدل ثم ليس بمقابلة العمل
ولا يشترط فيه السلامة عن العيب وأما الثاني فإنه لما سلم النفس صار عمله كعمل
رب المال وهذا لأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر وصار هو نائبًا منابه
في الفعل فكأنه فعله بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطته اليوم فبدرهم
وإن خطته غدًا فبنصف درهم صح الشرط الأول وفسد الثاني حتى لو خاطه اليوم
فله درهم وإن خاطه غدًا فله أجر مثله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان فلو خاطه في اليوم فله درهم وإن
خاطه في الغد فله نصف درهم وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لأنه
اجتمع في اليوم فله درهم والغد تسميتان فيفسد العقد كما لو قال خطه
اليوم بدرهم أو بنصف درهم وهذا لأنه اجتمع فيهما عقدان أما في اليوم فلأن
المضاف إلى الغد ثابت في اليوم لأن ذكر الغد للترفيه لا للإضافة والتعليق
ولهذا لو أفرد العقد في الغد بأن قال خطه غدًا بنصف درهم ثبت هذا العقد

في اليوم حتى لو خاطه اليوم استحق نصف درهم وأما في الغد فلأن العقد المنعقد
في اليوم باقٍ إلى الغد لأن ذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت العقد به ولهذا لو أفرد
العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه
في الغد استحق الأجر فكذا هنا فصح ما قلنا أنه اجتمع في اليوم وفي الغد تسميتان ووجب
بالخياطة أحدهما درهم أو نصف درهم لأن الخياطة واحدة فتجب إحدى التسميتين
لا بعينها وهي مجهولة وهذه الجهالة توقعهما في المنازعة ولهما أن الثابت في كل
واحد من الوقتين تسمية واحدة فيجوز العقدان وهذا لأن ذكر اليوم والغد
للتأقيت والإضافة حقيقة وللتعجيل والترفيه مجاز وإن الكلام لحقيقته حتى يقوم
الدليل على مجازه كيف وقد قام الدليل على أن المجاز غير مراد لأن العقد يفسد
على تقديري التعجيل والترفيه لاجتماع العقدين حينئذ وعلى تقديري التأقيت
والإضافة لا بخلاف حالة الانفراد لأنه لو حمل على التأقيت يفسد العقد ومتى
حمل على التعجيل والترفيه لا فصرنا إلى المجاز بدلالة حالها ولأبي حنيفة رحمه الله
أن اليوم حقيقة للتأقيت والغد للإضافة والتعليق والكلام لحقيقته حتى يقوم
الدليل على مجازه والدليل قد قام على المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل الذي زاد له في الأجر
متى خاط اليوم ونقص ما أخر فالنقصان بتقدير التأخير فالزيادة بتقدير التعجيل
بيانه أنه ذكر اليوم للتعجيل لا للتأقيت وفي الغد لم يقم الدليل على إرادة المجاز أي الترفيه
بل الدليل دل على إرادة الحقيقة وهي الإضافة والتعليق لأنه نقص عن الأجر متى خاطه في
الغد ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص من الأجر بسبب التأخير إليه لأنه يؤول معنى
الترفيه بنقصان الأجر فصار ذكر الغد للإضافة والتعليق به وذكر اليوم للتعجيل
فإذا ثبت هذا فنقول العقد المضاف إلى الغد لم يثبت في اليوم فلم يثبت في اليوم
تسميتان فلم يكن الأجر مجهولًا في اليوم والمضاف إلى اليوم يبقى إلى الغد لأنه لو لم ينقض
بمضي اليوم لما صار ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فيجتمع في الغد تسميتان درهم
أو نصف درهم فيكون الأجر مجهولًا جهالة مانعة من التسليم والتسلم وهي تمنع جواز
العقد وفي المسألة إشكال مال على قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه ذكر اليوم للتعجيل
هنا حتى أخط والعقد وفي مسألة الخاتم جعل ذكر اليوم للتوقيت حتى جعل العقد
منعقدًا على تسليم النفس في المدة أو على حقيقة العمل فأفسده على ما سبق تقريره والجواب
أن ذكر اليوم حقيقة فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز
وهو نقصان الأجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة إلى المجاز بهذا الدليل ولم
يقم مثل هذا الدليل ثم وكان التأقيت ثم مرادًا فيفسد العقد فإن خاطه في الغد فله
أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم وهذا يدل على أنه قد يزاد على
نصف درهم وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه لا يزاد على نصف

درهم وينتقص عن نصف درهم فتحصل عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان. وجه هذه
الرواية أن الواجب في الرواية الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني
نصف درهم. فأما الدرهم فهو مسمى في اليوم الأول. ولا يقال أن التسمية الأولى
باقية في اليوم الثاني. لأن اعتبار المصرح أولى من غيره والمصرح نصف درهم لا الدرهم
وجه ظاهر الرواية أنه اجتمع في الغد تسميتان فتعتبر التسمية الأولى لمنع الزيادة
الأولى عليها وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملاً بالتسميتين. وهذا أولى
من الترجيح بالمصرح. وإن خاطه في اليوم الثالث. والصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم
عند أبي حنيفة رحمه الله. لأنه إذا لم يرض بتأخيره إلى الغد بأكثر من نصف درهم
فإلى ما بعد الغد أولى. والصحيح عندهما أنه ينتقص من نصف درهم ولا يزاد عليه. ولو
نوعان صحّا كنوعي العمل في دار أو مسافة أو حمل في دابة. أما الأول فأن يقول إن خطته
فارسياً فلك درهم وإن خطته رومياً فلك درهمان فالشرطان جائزان عند الثلاثة
وعند زفر والشافعي رحمهما الله فاسدان لجهالة المعقود عليه وبه. ولنا أن الأجر
لا يجب بنفس العقد وإنما يجب بالعمل عند العمل. وعند العمل يصير المعقود عليه وبه
معلوماً. وكذا لو قال لصباغ إن صبغته بعصفر فلك درهم. وإن صبغته
بزعفران فدرهمان فهو جائز على ما ذكرنا. وكذا لو وقع العقد على أحد الشيئين
وسمى لكل واحد أجراً معلوماً فهو جائز نحو أن يقول آجرتك هذه الدار سنة بخمسة
أو هذه الدار الأخرى بعشرة. وكذا لو خيّره بين مسافتين مختلفتين بأن
يقول آجرتك هذه الدابة إلى واسط بكذا أو إلى الكوفة بكذا. وكذا إذا خيّره بين
ثلاثة أشياء. وإن خيّره بين أربعة لم يجز. وكذا في الخياطة والصبغ إذا ذكر
ثلاثة أنواع جاز. وإن زاد عليها لم يجز. والأصل في جميع ذلك البيع. والجامع بينهما
دفع الحاجة غير أنه إذا باع أحد العبدين لم يصح إلا بشرط الخيار وفي الإجارة لا يشترط
ذلك. لأن الأجر إنما يجب بالعمل فإذا شرع في أحد العملين تعينت الجهالة. والجهالة
إنما تمنع جواز العقد بواسطة أدائها إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وقت
التسليم والتسلم وقت الوجوب. فإذا لم تكن الجهالة ثابتة وقت الوجوب لم يكن المانع
موجوداً. وفي البيع يستحق الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة المفضية إلى المنازعة
على وجه لا يرتفع إلا بإثبات الخيار. وأما الثاني فأن يقول آجرتك هذه الدار على أنك
إن قعدت فيها حداداً فالأجر عشرة دراهم. وإن قعدت خياطاً فالأجر خمسة
وكذا لو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطاراً فدرهم. وإن أسكنت حداداً
فدرهمين. أو قال إن سكنت فيه فدرهم وإن أسكنت حداداً فدرهمين
فالإجارة جائزة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما فاسدة. وأما الثالث فأن
يستأجر دابة إلى الحيرة بنصف درهم. وإن جاوز بها إلى القادسية فدرهم فهو جائز

ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة ولم يحك فيها خلافاً. فاحتمل أن يكون هذا قول الكل
واحتمل أن يكون قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يجوز. وأما الرابع فأن يستأجر
دابة إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كرّ شعير فالأجر نصف درهم وإن حمل كرّ حنطة
فالأجر درهم جاز عنده. وعندهما لا يجوز. لهما أن المعقود عليه وبه مجهول فتفسد
الإجارة. وهذا لأن الأجر إنما يجب بتسليم الدار والدابة من غير عمل. ولا يدرى وقت
التسليم أن يسكن فيه حداداً فيجب عشرة أو خياطاً فيجب خمسة فكان الأجر مجهولاً
وقت التسليم. بخلاف خياطة الرومية والفارسية. لأن الأجر لا يجب هناك إلا بالعمل
والجهالة لا تبقى عند العمل فصار الأصل عندهما أن الأجر عندهما متى وجب بالتسليم
من غير عمل أو لا يدري عند التسليم أيهما يجب يفسد العقد. وله أن هذا تخيير
بين عقدين مختلفين صحيحين فوجب القول بصحته كما في الفارسية والرومية
وهذا لأن السكنى وعمل الحداد مختلفان. وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح
فكذا عند الجمع والغالب في الإجارة الانتفاع لأنها شرعت للحاجة. فالظاهر
أن لا تخلو عن الانتفاع. فإذا جاء الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من غير انتفاع ليس
بأصل بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب. ولو تحقق ترك الانتفاع
واحتيج إلى إيجاب الأجر بالتمكن يجب المتيقن وهو المقابل بأدنى العملين إذ الفضل
لا يجب بالشك. وقيل يجب الأقل. وقيل يتنصف الفضل. وقيل يتنصف كل واحد منهما
فلا تتمكن الجهالة بكل حال فصار الأصل عنده أن العقد إذا اشتمل على شيء معلوم وضم
إليه زيادة في البدل فإن العقد يقع على الأصل المعلوم والفضل يتعلق باختيار
المنفصل في المعقود عليه والله أعلم.

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبداً للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك. لأن خدمة السفر
أشق من خدمة الحضر فليس له أن يكلفه ذلك بمطلق العقد. ولهذا جعل السفر عذراً
على ما سيجيء في باب فسخ الإجارة إن شاء الله تعالى فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد
والقصار في الدار. فإن قيل هو في ملك منافعه بمنزلة المولى في منافع عبده
وللمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون له أن يسافر به. قلنا إنما يسافر المولى بعبده لأنه يملك
رقبته وهو لا يملك رقبة المولى. ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فعمل فأعطاه الأجر
جاز وليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر استحساناً والقياس أن لا يجوز. وللمستأجر أن
يأخذ منه لأن عقد المحجور عليه باطل فلا يستحق الأجر لبطلان الاستئجار كما لو هلك
من العمل فإنه يضمن المستأجر قيمته ولا يجب الأجر. وجه الاستحسان أن العبد
محجور عن تصرف ينفع المولى. ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير إذن المولى لكونه نفعاً في حق
المولى ثم جواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعاً في حق المولى. لأنها إذا جازت
تحصل للمولى الأجر بغير ضرر يلحقه. ولو لم تجز لا يجب الأجر ويضيع على المولى منافع

يبدل معلوم

العبد

ولا يتقوم اصلا فوجب القول بالنفاذ. واذا جازت الاجارة صح قبض العبد الاجر
لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستاجر ان يرد قيمته
ولا اجر عليه فيما عمل لان المستاجر صار غاصبا باستعماله فيضمن قيمته عند الهلاك
واذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فتبين ان منافعه عند نفسه
فلا يجب عليه الاجر. ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه وسلم من الغصب صحت
الاجارة لما مر. فان اخذ العبد الاجر واخذ الغاصب الاجر منه فاكله لا يضمن عند
ابي حنيفة رحمه الله. وقالا يضمن لانه اتلف مال الغير بغير تاويل لان الاجر مال المولى
العبد لانه كسب عبده وكسب العبد تبع لرقبته فيكون لمالك الرقبة. وله انه اتلف
مالا غير متقوم في حق المتلف فلا يضمن كنصاب السرقة بعد القطع. وهذا لان
التقوم انما يثبت بالاحراز والاحراز انما يثبت بيد حافظة كيد المالك او نائبه ويد
المالك لم تثبت عليه ويد العبد ليست يد المولى لان العبد في يد الغاصب حتى كان
مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا ما في يده. ولان الاجر
بدل منفعة العبد ولو اتلف منفعته بان استعمله في عمل من الاعمال لا يضمن فكذا
اذا استهلك بدلها. ولو وجد المولى الاجر قائما اخذه لانه وجد عين ماله. ولا يلزم من
بطلان التقوم بطلان الملك كما في نصاب السرقة بعد القطع فانه لم يبق متقوما
حتى لا يضمن بالاتلاف وبقي الملك. ويجوز قبض العبد الاجر عندهم لانه نافع محض
ومن استاجر من رجل عبدا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة صح والشهر الاول
باربعة والشهر الثاني بخمسة. لانه لما قال شهرا باربعة انصرف الى ما يلي الايجاب
كما لو سكت عليه فقال استاجرت منك عبدا هذا شهرا بكذا فانه ينصرف
الى ما يليه تحريا لصحة العقد فكذا هذا. واذا انصرف الاول ينصرف الثاني الى ما يلي الاول
تحريا للجواز.

باب الاختلاف

اختلفا في اباق
العبد ومرضه. وجري ماء الرحى حكم الحال. حتى لو استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه
في اول الشهر ثم جاء في اخر الشهر والعبد مريض او ابق فاختلفا فقال المستاجر
ابق او مرض حين اخذته. وقال رب العبد لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني
بساعة فالقول للمستاجر. ولو كان صحيحا في الحال او غير ابق فالقول للموجر والاصل
في هذا ان القول قول من يشهد له الظاهر عند التنازع. ففي الفصل الاول الظاهر
شاهد للمستاجر لان الاباق او المرض ظاهر في الحال والحال يدل على ما مضى فكان
عدم التمكن فيما مضى ثابتا ظاهرا. والموجر يدعي ما ابى الحال فيدعي انه
كان متمكنا من الانتفاع والمستاجر ينكر فكان القول له. وفي الفصل الثاني التمكن
من الانتفاع ثابت فيما مضى ظاهرا بدلالة الحال. فالمستاجر يدعي فوات التمكن
فيما مضى والموجر ينكر فكان القول له. والاصل في الاختلاف بين مستاجر الرحى

والموجر في جريان الماء وانقطاعه فيما مضى. فان كان الماء منقطعا وقت الخصومة
فالقول للمستاجر فيما مضى. وان كان جاريا فالقول لرب الرحى مع يمينه. والحال
ان لم يصلح حجة عندنا يصلح مرجحا اذ الترجيح ابدا انما يقع بما لا يصلح حجة. وقد
عرف في اصول الفقه. وان اختلفا في القميص والقباء او الحمرة والصفرة او الاجر
وعدمه صدق المالك. اما الاول فهو ان يقول رب الثوب امرتك ان تعمله قباء
وقال الخياط بل قميصا فالقول لرب الثوب. لان الاذن يستفاد من قبله فكان
القول له فيما اذن فيه. الا ترى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله. فكذا
اذا انكر وصفه. ولكنه يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه. فاذا حلف فهو بالخيار
ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله لانه امتثل امره في اصل ما امره وهو
القطع والخياطة ولكن قد تغير الوصف فكان لصاحب الثوب الرضى به. واما
الثاني فان يقول رب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر
وقال الصباغ بل امرتني اصفر فالقول لرب الثوب ايضا لما بينا. فاذا حلف فان
شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض وان شاء اخذ ثوبه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى
وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه كالغصب. واما الثالث
فان يقول رب الثوب عملته لي بغير اجر ويقول الصانع باجر فالقول لرب
الثوب لانه ينكر العقد ووجوب الاجرة ويتقوم عمله. وقال ابو يوسف
رحمه الله ان كان الصانع حريفا له اي بينهما اخذ واعطاء فله الاجر والا لا. لان سبق
ما بينهما من المعاملة دل على انه طلب منه اقامة العمل باجر ظاهرا. فقام ذلك مقام الشرط
عادة. وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة باجر فالقول
له لان الظاهر انه لا يعمل الا بالاجر لما فتح الحانوت لاجله. وقول ابي حنيفة رحمه الله
قياس لان القول للمنكر في الشرع فهو ينكر وجوب الاجر. والجواب عن استحسانهما
ان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق ولا حاجة هنا الى استحقاق الاجر. والله اعلم

باب فسخ الاجارة

وتنفسخ الاجارة بموت احد المتعا قدين
ان عقد الاجارة لنفسه. وقال الشافعي رحمه الله لا تنتقض بموتهما ولا
بموت احدهما. لان المنافع كالاعيان القائمة عنده. ثم العقد على العين لا يبطل
بموت احد العاقدين فكذا العقد على المنفعة. ولنا ان العقد ينعقد ساعة فساعة
بحسب ما يحدث من المنفعة. واذا مات الموجر فالمستحق بالعقد المنافع التي تحدث
على ملكه وقد فات ذلك بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه. لان رقبة الدار
تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة. واذا مات المستاجر فلو
بقي العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث. اذ الوراثة
خلافة فلا تتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث

فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث
بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود وإذا ثبت
انتفاء الإرث تعين بطلان العقد فيه كعقد النكاح ينتهي بموت الزوج لأن وارثه لا يخلفه
فيه وإن عقدها لغيره لا تنفسخ بموته كالوكيل والأب والوصي والمتولي في الوقف
لبقاء المستحق عليه والمستحق وإذا مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الإجارة
في نصيبه وتبقى في نصيب الحي وقال زفر رحمه الله تفسد في نصيب الحي أيضا لأنه
إجارة المشاع ولو كان الشيوع مقارنا للعقد يمنع صحة العقد فإذا طرأ عليه أفسده
ولنا أن شرط العقد يشترط عند العقد لا عند بقائه ويفسخ بخيار الشرط والعيب
والعذر أما الأول ففيه خلاف وإن شرط الخيار في الإجارة يصح عندنا ويعتبر أول
المدة من وقت سقوط الخيار وعند الشافعي رحمه الله لا يصح لأن شرط الخيار في
البيع ثبت بالنص بخلاف القياس والإجارة ليست في معناه فلا يجوز شرط الخيار
فيها وهذا لأن شرط الخيار للفسخ ولا بد أن يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار
وذا مانع من الفسخ إذ رد كل المعقود عليه بالفسخ مستحق بالخيار ولا يقدر المستأجر
على رد المعقود عليه على الكمال لو كان الخيار له ولا يقدر المؤجر على التسليم أيضا على الكمال
لو كان الخيار له بخلاف البيع ولنا أنها عقد معاوضة لا يستحق القبض فيه في المجلس
ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لأن شرط الخيار إنما
يثبت في البيع لدفع الغبن بالتروي فيه إذ البيع يقع بغتة فالشرع أثبت الخيار
ثمة دفعا لهذه الحاجة والإجارة في هذا كالبيع لأنها تقع بغتة وربما تغبن
فيها فشرع الخيار فيها دفعا للغرور ومنعا للزوم بخلاف الصرف والسلم لأن
شرط الخيار ثمة يمنع تمام القبض المستحق بالعقد إذ القبض إنما يتم إذا كان بناء على
الملك والخيار يمنع الملك وفوات بعض المعقود عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار
العيب فكذا لا يمنع الرد بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لأن تسليم الكل ورد
الكل ممكن ثم فيشترط وهنا غير ممكن فلا يشترط للضرورة ولهذا أجبر
المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة لأن الخيار لو ثبت إنما
يثبت لتفرق الصفقة في المعقود عليه والعقد كما وقع وقع متفرقا فإنه ينعقد
ساعة فساعة على ما بينا فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقا بعقد آخر وما يملك بعقدين
فتعدد التسليم في أحد العقدين لا يؤثر في الآخر وعند الشافعي رحمه الله للمستأجر
حق الفسخ فيما بقي لأن المنافع عنده كالأعيان وإذا فات بعض ما تناوله العقد
قبل القبض تخير فيما بقي لاتحاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل
القبض وأما الثاني فبالإجماع حتى لو استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى
فله ولاية الفسخ لأن المعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي توجد شيئا فشيئا

فما

فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما إذا حدث العيب بالمبيع
قبل القبض ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع
البدل كما في البيع وإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لأن العيب
قد زال قبل فسخ العقد والعقد يتجدد ساعة فساعة فلم يوجد العيب في العقد
الآتي فيسقط الخيار بخلاف ما إذا سقط حائط من الدار بعد لا يضر بالسكنى لأن المعقود
عليه منفعة السكنى فإذا لم يتمكن الخلل فيها لا يثبت الخيار وأما الثالث ففيه خلاف
فإن الإجارة تفسخ بالأعذار عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا تفسخ بالأعذار إذ
المنافع كالأعيان الموجودة عنده فكان العقد عليها كالعقد على العين فكما
لا يفسخ البيع إلا بعيب فكذا الإجارة ولنا أن العذر في الإجارة كالعيب الحاصل
قبل القبض في المبيع وهذا لأن المعقود عليه وهو المنافع لا تصير مقبوضة إلا بالاستيفاء
والإجارة تفسخ بالعيب الحاصل قبل القبض والجامع بينهما عجز العاقد عن المضي في موجب
العقد إلا بضرر زائد لم يستحق به فتثبت له حق الفسخ دفعا لذلك الضرر وهذا
تفسير العذر عندنا ألا ترى أن من استأجر إنسانا ليقطع ضرسه لوجع به فسكن
الوجع أو ليتخذ له وليمة فاختلعت منه أو ماتت فلو لم يكن ذلك عذرا وأبقينا العقد
لكان ضررا بينا فمن العذر أن يحدث في العين المستأجرة ما يمنع الانتفاع بها
كخراب الدار المستأجرة وانقطاع الماء عن الضيعة أو الرحى وقد اختلف أصحابنا
في هذه المسألة فقيل ينفسخ العقد بانهدام الدار وانقطاع الماء عن الرحى وانقطاع
الماء الشرب عن الأرض لفوات المعقود عليه وهي منفعة السكنى ونحوه قبل القبض
فصار كهلاك العبد المستأجر وقيل لا ينفسخ العقد وهو الأصح لأن المنفعة
قد فاتت على وجه يتصور عودها فشابه إباق العبد المستأجر وذا لا يوجب
انفساخ العقد ونص في الأصل أن الإجارة في الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء وقد
روى هشام عن محمد رحمهما الله أنه لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر وأراد المستأجر
أن يسكنه في بقية المدة فليس للمؤجر منعه من التسليم وكذا ليس للمستأجر أن
يمتنع من القبض فهذا دليل على أن العقد لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولأن أصل موضع السكنى
بعد انهدام البناء باق فيه السكنى بنصب الفسطاط فيبقى العقد لهذا ولكن لا أجر
على المستأجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصده بالاستئجار ولو انقطع
ماء الرحى والبيت مما ينتفع به بغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه بقي شيء من المعقود
عليه فإذا استوفى لزمته حصته ومن استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فأفلس فهذا
عذر وله أن ينقض الإجارة لأنه استأجر للانتفاع به وهو يتضرر بإبقاء العقد
بعد ما أفلس ضررا لم يلتزمه بنفس العقد وكذا لو آجر دكانا أو دارا ثم أفلس
ولزمه دين بعيان أو ببيان أو إقرار ولا مال له سواه ولا يقدر على قضائه إلا بثمن ما آجر

وهذا عذر يفسخ به الاجارة لان في ايفاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد وهو الحبس
الى سقوط حق المستاجر عن العين فان قيل ينبغي ان لا يحبسه القاضي اذا تعلق بماله
حق المستاجر بل يتاخر الحبس الى ان تنقضي الاجارة قلنا القاضي لا يصدقه في انه لا
مال له الا من ثمن المستاجر فيحبسه لهذا العذر ثم اذا تحقق تنفسخ الاجارة بنفس العذر
او يحتاج فيه الى الفسخ لم يذكر محمد رحمه الله هذا نصا في شيء من الكتب متعارضة
في بعضها يشير الى انه ينفسخ بنفس العذر وبه اخذ بعض المشايخ وفي عامتها يشير
الى انه يحتاج فيه الى الفسخ وعليه عامة المشايخ رحمهم الله وهو الصحيح ثم اذا احتيج الى الفسخ
على ما فيه اشارة عامة الكتب هل يتفرد صاحب العذر بالفسخ او يحتاج فيه الى قضاء القاضي
او رضا العاقد الاخر ذكر في الزيادات انه يشترط القضاء او الرضا واشار في الجامع
الصغير وفي الاصل انه لا يشترط القضاء ولا الرضى ثم عامة المشايخ الذين شرطوا النقض
اختلفوا في ذلك فقال بعضهم ما ذكر في الزيادات محمول على عذر يحتمل الاشتباه
كما اذا لحق الموجر دين وهو يدعي انه لا وفاء له الا من ثمن مال الاجر فانه يحتمل ان
يكون وفاء من غير المستاجر فيحتاج فيه الى القضاء ليزول الاشتباه بالقضاء ويظهر العذر
وما ذكر في الاصل والجامع الصغير محمول على ما اذا كان العذر واضحا لا اشتباه فيه فلا
يحتاج الى القضاء ومنهم من قال في المسئلة روايتان وجه ما ذكر في الجامع الصغير
وفي الاصل ان العذر بمنزلة العيب الحاصل قبل القبض من الوجه الذي سبق تقريره وفي
العيب قبل القبض لا يحتاج في فسخ العقد الى القضاء او الرضى كما في بيع العين وجه
ما ذكر في الزيادات وهو الاصح ان هذا فصل مجتهد فيه فيتوقف على القضاء او الرضا
كالرجوع في الهبة وطريق القضاء ان يبيع الموجر الدار اولا فاذا باع وهو لا يقدر
على التسليم لتعلق حق المستاجر فالمشتري يرفع الامر الى القاضي ويطلب منه فسخ البيع
او تسليم الدار اليه فالقاضي يمضي البيع فينفذ البيع وتنتقض الاجارة وانما لا ينقض
القاضي الاجارة قصدا لانه لو نقضها قصدا ربما لا يتفق البيع فيكون النقض ابطالا
لحق المستاجر قصدا وانه لا يجوز وقيل يفسخها ثم يبيعها ومن استاجر دابة
ليسافر عليها ثم اراد ان يقعد فهذا عذر لانه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه الا بالتزام
ضرر وهو تعب السفر فيثبت له حق الفسخ دفعا لهذا الضرر عن نفسه ولانه عسى يتعذر
عليه السفر بهلاك اسبابه او لفوات مقصوده فربما يكون مقصوده الحج او طلب الغريم
او التجارة فذهب وقته او حضر غريمه او حصلت تلك التجارة هنا ولو اراد المكاري
ان يقعد فهذا ليس بعذر لانه يمكنه ايفاء المعقود عليه من غير التزام ضرر بان يقيم
غيره مقام نفسه في الخروج مع دوابه فيبعث غلامه او تلميذه مع دوابه وان مرض الموجر
فقعد فليس بعذر على رواية الاصل لانه يمكنه ان يرسل سوقا يتبع الدابة وروى
الكرخي انه عذر لانه اذا مرض تعذر عليه الخروج لا باختياره فاذا ترك باختياره فله ان

يقيم

يقيم غيره مقامه الا بضرر فيدفع عنه عند الضرورة بخلاف ما اذا اراد ان يقعد
لانه امكنه الخروج فاذا ترك باختياره فعليه ان يقيم غيره مقامه ومن اجر
عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد وانما يفوته
الاسترباح وهو امر زائد ولو نقضنا الاجارة به لما سلمت اجارة ابدا او لبطلت
حوائج الناس فان استاجر الخياط غلاما ليخيط معه فافلس وترك العمل وقام
عن السوق فهو عذر لانه عجز عن المضي في موجب العقد لان تجارته تنقطع بالـ فلاس
فتبقى الاجارة غرامة عليه فتثبت لهم حق الفسخ دفعا للغرامة عن نفسه فان
قيل الخياط يتوصل الى الخياطة بالمخيط والمقراض فلا يعجز عن الكسب بهما فكيف
يتحقق افلاسه قلنا تاويل المسئلة في خياط يعمل لنفسه في ثياب نفسه ثم
يبيع الثياب كما هو عرف اهل الكوفة لا الخياط الذي يعمل للناس على ان الخياط الذي
يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان تظهر خيانته عند الناس فيتحامون عن معاملته
وتسليم العمل اليه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس له بعذر لانه
يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل في الصرف في ناحية
اخرى من الدكان بخلاف ما لو استاجر دكانا ليبيع فيه الطعام فبدا له ان
يقعد في سوق الصيارفة فهذا عذر لان التجارة الاولى ربما يلحقه فيها خسران
والعمل بالامرين بنفسه متعذر فيجعل عذرا وفي مسئلتنا العمل بالامرين ممكن
لان العامل شخصان ومن استاجر عبدا يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر
لانه لا يمكنه ان يسافر بالعبد لان خدمة السفر اشق من خدمة الحضر والحجر
عن السفر لاستخدامه العبد يضره ضررا غير مستحق بالعقد لما فيه من تعطيل
مصالح السفر فكان عذرا وكذا الجواب فيما اذا استاجره للخدمة مطلقا
لان المستاجر لا يملك ان يسافر به وان كان العقد انعقد مطلقا لما مر بخلاف
ما لو اجر العقار ثم سافر لعدم الضرر لان المستاجر يتمكن من استيفاء المنفعة
بعد غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر وفيه
ضرر تعطيل منافع السفر او الزام الاجر بلا سكنى وهو ضرر بين والله الموفق

باب المتفرقات

ومن استاجر ارضا او استعارها
فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض غيره لم يضمن لان هذا تسبيب وليس بمباشرة
والضمان بطريق التسبيب يعتمد التعدي في التسبيب الا ترى ان من حفر بئرا في
داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ولو رمى سهما في ملكه
فاصاب نفسا او مالا فهلك يضمن لانه مباشر فلم يتوقف على التعدي وهذا
لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر واما التسبيب فليس بعلة فلا بد من صفة العد وان
ليلحق بالعلة واحراق الحصائد هنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه فان

شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادئة حين اوقد النار ثم تحركت
لانه لا صنع له في تغيير الرياح. فاما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغي ان يضمن لان
موقد النار في اليوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه ولكن الريح تذهب بها
الى ارض الجيران فصار كانه القاها في ارضهم. خياط او صباغ اقعد في حانوته
من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز استحسانا لان هذا شركة التقبل وليس
باجارة. وهذا لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما وان كان
احدهما يتولى القبول بجاهه والاخر يتولى العمل بحذاقته وان وجدنا سبيلا الى
الحكم بالجواز وهو متعارف بين الناس وجب القول بصحته وان كان القياس
يأباه لانه استأجر بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول. ومن استأجر جملا
ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة شرفها الله تعالى جاز وله المحمل المعتاد. وفي القياس
لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لان المحمل متفاوت مجهول فيفضي الى المنازعة
ولنا ان الجهالة تزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر وان شاهد
الجمال المحمل فهو احب لان المشاهدة انفى للجهالة. وان استأجر جملا ليحمل عليه
مقدارا من الحمل الزاد فاكل منه في الطريق جاز ان يرد عوض ما اكل خلافا
لبعض اصحاب الشافعي رحمه الله لانه استحق عليه حمل قدر معين في جميع الطريق
فله ان يستوفيه. وكذا غير الزاد من المكيل والموزون. وصار هذا كرد
مثل ما شرب من الراوية فانه جائز بالاتفاق لتعامل الناس. فان قيل مطلق العقد
ينصرف الى المتعارف والمعتاد انهم يأكلون ولا يردون بدله ويشربون الماء
ويردون بدله. قلنا العرف مشترك فرد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء
فلا يترك العمل بالاطلاق مع ما فيه تردد. ولو اجر المستأجر من مؤجره لا يصح بخلاف
ما لو اجر من غيره فانه يجوز لان الاجارة لتمليك المنفعة والمستأجر في حق المنفعة
قائم مقام المؤجر. فان اجره باكثر مما استأجره ولم يزد في البيت شيئا لا تطيب
له الزيادة لانه ربح ما لم يضمن. وعند الشافعي رحمه الله يطيب لانه
ملكها وقبضها فدخلت في ضمانه. ولو استأجر المشتري البائع لحفظ المبيع
قبل القبض فسد لان الحفظ واجب عليه بلا اجر وصح استئجاره لتعليم عمل
نحو الخياطة لان الاجارة وردت على عمل معلوم غير مستحق عليه. والمرتهن
والغاصب كالبائع اي ان استأجر الراهن المرتهن او المالك الغاصب للحفظ
لا يصح لان الحفظ مستحق عليهما. وان استأجرهما للتعليم عمل يجوز لما مر. ولو
وكل رجلا ليستأجر له دارا بعينها فاستأجر وقبضها ومنعها من الامر
او لا حتى مضت المدة فالاجر على الوكيل لانه اصيل في الحقوق ويرجع الوكيل
بالاجر على الامر لانه في القبض نائب عن الموكل في حق تلك المنفعة فصار قابضا

له حكما. فالامر لو خاصمه فيها يحكم له بها. فان شرط الوكيل تعجيل الاجرة وقبض
الدار ومضت المدة ولم يطلبها الامر منه يرجع الوكيل بالامر عليه لان الامر صار
قابضا بقبضه فما لم يظهر المنع. ولو طلبها فابى حتى تعجل لا يرجع به على الامر
لانه لما حبس الدار من الامر وله حق الحبس خرجت يد الوكيل من ان تكون يد
نائبة فلم يصر الموكل قابضا حكما ولم تصل المنافع حادثة في يد الموكل حكما فلم يجب
الاجر على الموكل. استأجر رجلان دابة للركوب من الري الى الكوفة ذاهبا
وآيبا فلما بلغا الكوفة قال احدهما اكترينا الى الكوفة ذاهبا وآيبا. وقال الاخر
الى مكة شرفها الله تعالى ذاهبا وآيبا جعلها القاضي موقوفة لاتفاقهما على انها لغيرهما
ويمنع كل واحد منهما من الذهاب الى الموضع الذي يدعي لما فيه من ابطال يد الاخر
وامرا بالنفقة عليها صيانة لحق المالك. وهذا اذا اقام كل واحد منهما بينة على ما
ادعاه. لانه تبين كونهما امينين بالحجة وله بيعها ودفع ما انفقا اليهما. لان الانفاق
بامر القاضي كالانفاق باذن صاحبها. فان طلب كل واحد منهما الكرا الذي دفع
الى صاحب الدابة لم يدفع لان فيه قضاء على الغائب ولكن يجعل الثمن في ايديهما
موقوفا الى ان يبرهنا ان ربها مات وللقاضي ان لا يستمع خصومتهما ولا يامر بالبيع
والنفقة فان فيه قضاء على الغائب بوجه. وفيه حفظ مال الغائب فيميل الى اي
جانب شاء. ولو قال المستأجر اكتريت الدابة من الكوفة الى بغداد بعشرة
دراهم وقال المؤجر بل الى القصر بعشرة دراهم وبرهنا. فعند زفر وهو قول
ابي حنيفة اولا يقضى بها الى بغداد بخمسة عشر درهما لان المدعي يدعي الى القصر
بخمسة لانه منتصف طريق الكوفة الى بغداد ورب الدابة يدعي الى القصر بعشرة
فتقبل بينة رب الدابة في اثبات زيادة الخمسة ثم ان رب الدابة انكر اجارة
ما وراء القصر الى بغداد والمستأجر اثبت ذلك من القصر الى بغداد بخمسة فتقبل
بينته فيصير خمسة عشر. وقال ابو حنيفة رحمه الله اخرا وهو قولهما يقضي ببينة
المستأجر الى بغداد بعشرة لانهما اتفقا على انهما لم يجر بينهما الا عقد واحد
والاختلاف وقع في زيادة المسافة المستأجرة وهو الذي يثبت الزيادة فتقبل
بينته. الاجارة المضافة الى وقت المستقبل تصح عندنا. وعند الشافعي رحمه الله
لا يصح لان المنفعة عنده كالعين فاشبه بيع العين. ولنا ان مطلقها يقع مضافا
لانه يتجدد انعقاده بحسب ما يحدث من المنفعة. وصارت هذه المسألة بناء
على ما مهدنا من الاصل في اول الكتاب. وجملة ما يصح مضافا اربعة عشر الاجارة
وفسخها والمزارعة والكفالة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية
والقضاء والامارة والطلاق والعتاق والوقف. ومما لا يصح مضافا عشرة البيع واجازة
البيع وفسخه والشركة والقسمة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء عن

الدين

كتاب المكاتب

الكتابة التحرير يدًا في الحال ورقبةً
عند اداء المال وهذا التركيب يدور على الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف
وضم بعضها الى بعض وكتبت السقاء والكتيبة الطايفة من الجيش فسمي
هذا العقد الذي يجري بين المولى وعبده كتابة لانه لا يخلو عن كتبة الوثيقة
عادةً وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد اخص بنفسه ومنافع
نفسه حتى لا يبقى له عليه وعلى اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق في
المحل فلو كانت مملوكة ولو كان صغيرا يعقل بمال حال او مؤجل او منجم وقبل
او قال جعلت عليك كذا تؤديه نجوما اول النجم كذا واخرها كذا
ان اديت فانت حر وان عجزت فقن صح ولا يجب حط شيء اعلم ان الكتابة جايزة لقوله
تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا
وهذا ليس من ايجاب باتفاق الفقهاء وقال داود ومن تابعه رحمهم الله اذا طلب
العبد من مولاه ان يكاتبه وقد علم المولى فيه خيرا يجب عليه ان يكاتبه لان الامر
يفيد الوجوب ولنا ان هذا امر ندب والندبية متعلقة بالشرط هذا وقال
بعض مشايخنا رحمهم الله الامر قد يكون لبيان الاباحة والجواز كقوله تعالى واذا حللتم
فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة لان المولى انما
يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة
ثابتة بدون هذا الشرط والمراد بالخير ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر
بهم فالافضل ان لا يكاتبه ولو فعله صح وقيل خيرا اي وفاء امانة وصلاحا ولا
فرق بين العبد والامة والصغير والكبير اذا كان يعقل البيع والشراء لان قوله
تعالى فمما ملكت ايمانكم ينتظم الكل وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يصح كتابة
الصغير لانه ليس باهل له ولنا انه اذا كان عاقلا كان من اهل القبول واذا وجد
الايجاب والقبول صار هو كالكبير ولان التصرف نافع محض في حقه فصار
كقبول الهبة فان كان عبدا صغيرا لا يعقل لم يجز لان الكتابة لا تنعقد الا
بايجاب وقبول لانها عقد معاوضة والذي لا يعقل ليس من اهل القبول فان كان
لا يعقل فكاتبه ثم اداها عنه رجل آخر فقبلها المولى عنه لا يعتق لان اداء البدل
انما يتصور في عقد ينعقد لا في عقد باطل ويرد المال على صاحبه لانه اداه باعتبار
سبب باطل ويجوز ان يشترط المال حالا او مؤجلا او منجما وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز الكتابة الا مؤجلا منجما واقله نجمان لانه عقد ببدل لا يقدر على ادائه لانه
كان مملوكا لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا تثبت القدرة على الكسب على مال
كثير والعجز الطاري يبطل الكتابة فلان يمنع انعقاده اولى بخلاف السلم الحال حيث
جاز عندي لانه عقد جرى بين الحرين والظاهر هو القدرة على ما التزم لكونه اهلا للملك

قبل

قبل العقد وقد قام دليل القدرة وهو اقدامه على العقد ولنا ظاهر ما تلونا من غير
قيد التاجيل والتنجيم فلا يزاد على النص بالراي ولان البدل في الكتابة معقود
به كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على التسليم للثمن ليست
بشرط لصحة الشراء فان من اشترى شيئا ببدل ليس عنده يجوز وكذا القدرة على تسليم
بدل الكتابة لا يشترط بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه والقدرة
على تسليم المعقود عليه شرط فان من باع شيئا ليس عنده لا يجوز فشرطنا الاجل في
السلم لتثبت القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر
انه لا يضيق على عبده ولا يطالبه ما لم يعلم قدرته عليه الا انه لا بد من ذكر الاجل ليكون
منفصلا في تاخير المطالبة كما كان في اصل العقد بخلاف السلم لانه مبني على المضايقة بغية
والمماكسة فالظاهر انه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه وفي الحال كما امتنع عن الاداء
يرد في الرق للعجز عن اداء البدل في زمان الوجوب وانما شرط قبول المملوك لان
المال انما يلزمه بشرط التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم ولان احد العوضين لم يدخل في ملك المالك فلا يخرج العوض
الاخر عن ملكه وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فقال زيد
ابن ثابت مثل قولنا وقال علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما ادى وقال ابن مسعود
رضي الله عنه اذا ادى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من غرمايه
وقال ابن عباس رضي الله عنهما يعتق بنفس العقد ويكون المولى غريما من غرمايه
وانما اخترنا قول زيد بن ثابت رضي الله عنه بما روينا ولقوله عليه السلام ايما عبد كوتب
على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد ويعتق المكاتب باداء المال سواء قال
المولى ان اديت الي الفا فانت حر او لم يقله واقتصر على قوله كاتبتك لان العتق عند الاداء
حكم العقد وحكم العقد يثبت بدون التصريح كما في البيع ولو قال لعبده جعلت
عليك الفا تؤديه الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا فاذا اديته فانت حر وان
عجزت فانت رقيق صح استحسانا والقياس ان لا يصح لانه ذكر النجوم فصل عندنا
في الكتابة فيجعل وجود ذكرها كعدمها فبقي قوله قد جعلت عليك الف درهم وهو نظير هرم
ضريبة وقوله ان اديته فانت حر وهو تعليق ووجه الاستحسان ان العبرة في العقود
للمعاني الا ترى ان المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بضاعة وبشرطه للمضارب
اقراض وقد وجد معنى الكتابة هنا لان معنى الكتابة [illegible] هذا او عند الاطلاق
يصح فعند التفسير اولى ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه
مكاتبة في رواية ابي سليمان رحمه الله لان التنجيم يدل على الوجوب وذا بالكتابة
وهذا لان التخفيف وذا انما يكون عند الوجوب وفي رواية ابي حفص رحمه الله لا يكون
مكاتبة بل يكون اذنا كما لو علق بالاداء مرة ولا يجب حط شيء من البدل وعند الشافعي

رحمه الله يجب حط الربع من البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم وعن
علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قرأ هذه
الآية وقال هو ربع الكتابة. ولنا أنها عقد معاوضة فلا يجب الحط في سائر المعاوضات
فكذا فيها. وهذا لأن الكتابة سبب لوجوب مال الكتابة على العبد فلا يكون سببا
بعينه لاستحقاق الحط الذي هو مضاد الوجوب كالبيع. والأمر للندب كالأمر بالكتابة
وعن الكلبي رضي الله عنه المراد بالإيتاء دفع الصدقات إليهم رواه عن جماعة من الصحابة
رضي الله عنهم وهو الظاهر لأن الإيتاء يدل على التمليك وذا في التصدق عليهم لأن الحط
لا يكون تمليكا. وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى لأن موجب الكتابة
مالكية اليد في حق المكاتب. ولهذا لا يمنعه المولى عن الخروج للتكسب ولو شرط عليه
أن لا يخرج كان الشرط باطلا لأن ذلك ثبت له لضرورة هذه المالكية ومقصود
المولى إثبات هذه المالكية أن يتمكن من أداء البدل بالتكسب وربما لا يتمكن من الأداء
إلا بالخروج من بلد إلى بلد. لم يخرج من ملكه لما روينا ولأنها عقد معاوضة فيقتضي
المساواة بين العاقدين. وأصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكنه ضعيف
لا يتم ملكه فيه إلا بالقبض لأن ثبوته في ذمته مع المنافي إذ المولى لا يستوجب على عبده
دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فتثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضا. فإذا تم
الملك للمولى بالقبض تم المالكية به للعبد أيضا. وتمام المالكية لا يكون إلا بالعتق
فيعتق لضرورة إتمام المالكية. فإن أعتقه نفذ عتقه لبقائه على ملكه وسقط عنه بدل
الكتابة لأنه لم يلتزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه. وإن وطئ
المولى مكاتبته لزمه العقر لأنه لا يمكن إيجاب الحد لبقاء الملك برقبته فتعين العقر
ويكون العقر لها لأنها صارت أخص بكسبها وأجزائها لتتوصل إلى المقصود بالعقد وهو الحرية
بأداء البدل. ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان. ولهذا لو استحقت غرم المشتري
العقر وقيمة الولد دون المنفعة ولو كان في حكم المنفعة لما غرم. ولو جنى عليها أو على ولدها
لزمته الجناية. وإن أتلف مالا لها غرم لأنها لما صارت أخص بنفسها وأجزائها وأكسابها
صار المولى كالأجنبي في حقها فيغرم كالأجنبي.

فصل في الكتابة الفاسدة

الأصل أن ما صلح مهرا في النكاح صلح بدلا في الكتابة لأنها مبادلة مال بما ليس بمال فالبدل
في الحال مقابل بفك الحجر وليس بمال فصارت كالنكاح. وإن كاتب المسلم عبده على خمر أو
خنزير أو على قيمته أو على شيء عين لغيره أو على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه
فالكتابة فاسدة. أما الخمر والخنزير فإنه لا مالية لهما في حقه فلا يصلحان بدلا كما لا يصلحان
مهرا فيفسد العقد لأنه تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج إلى التسمية توجب فساد العقد
كالبيع. وإنما لا يفسد النكاح لأن تسمية ما لا يصلح مهرا جعل كعدمه وعدم التسمية
لا يفسد النكاح. وأما القيمة فلأنها مجهولة جنسا لأنها تارة تكون من الدراهم وطورا

من الدنانير

من الدنانير. وقد مر أنها تختلف مقدارها باختلاف المقومين. ووصفا فصارت الجهالة
فاحشة فصار كما لو كاتبه على ثوب أو دابة فإنه لا يجوز لأن الثوب أو الدابة أجناس
مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في النكاح. ولأن موجب الكتابة
الفاسدة القيمة فيكون ذكرها تنصيصا على موجب العقد الفاسد فكان تنصيصا على
الفساد. فإن قيل لو كاتبه على عبد وسط أو عبد مطلق يجوز وإن كانت القيمة تجب بعد
التسمية حتى لو أتى بقيمة عبد يجبر على القبول. قلنا القيمة فيما نحن بصدده تجب قصدا
لا حكما لمكان التصريح بالقيمة وتجب ثم حكما لا قصدا لأنه صرح بالعبد وقد يثبت الشيء
حكما وضمنا لغيره وإن كان لا يثبت قصدا لأنه كبيع الأجنة ونحوها. وأما الثالث فلأنه
لا قدرة له على تسليمه والمراد به شيء يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل
والموزون حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جازت الكتابة
لأن النقود لا تتعين في عقود المعاوضات وإنما ينعقد العقد بالنقد دراهم هو دين
في ذمته فيجوز. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى لو ملك ذلك العين وأداه
إلى المولى عتق. وإن عجز عن أدائه يرده المولى إلى الرق لأن المسمى مال متقوم وقدرته على
التسليم بما يحدث له من ميسرة موهومة فتصح التسمية كما في الصداق فإنه إذا سمى عين
غيره تصح التسمية. وجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة
على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد في العقود التي تحتمل الفسخ وملك الغير ليس بمقدور
التسليم للعقد فلا تصح تسميته بخلاف ما إذا كان البدل غير عين لأنه معقود به
فلا يشترط القدرة عليه ولهذا أجوزنا الكتابة الحالة. وبخلاف النكاح فشرط صحة
التسليم ثم أن يكون المسمى مالا متقوما إلا أن يكون مقدور التسليم إذ القدرة على تسليم
ما هو المقصود بالنكاح وهو البضع ليست بشرط لصحة العقد حتى لو تزوج بنت سنة
يجوز. وإن كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود أولى. فلو أجاز صاحب العين
ذلك فعن محمد رحمه الله أنه يجوز لأنه إذا اشترى شيئا بمال الغير فأجازه الغير يجوز
مع أنه مبني على المضايقة فالكتابة وهي مبنية على المسامحة أولى. وعند أبي حنيفة
رحمه الله أنه لا يجوز لأنه يفيد ملك المكاسب وهو المقصود بالعقد لأن ثبوته ضرورة
حاجته إلى أداء البدل منها. وإذا كان البدل عينا لا يحتاج إليه فلا يفيد مقصوده.
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب
تسليمه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح. وروى أبو يوسف عن أبي
حنيفة رحمهما الله أنه إن ملك ذلك العين فأدى لم يعتق إلا أن يكون المولى قال له إذا أديت
ذلك إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق. وذكر في الخلاف فرقى يعقوب رحمهما الله
أن قوله كذلك وهو رواية الحسن عن أبي مالك عن أبي يوسف رحمهم الله. وروى
أصحاب الإملاء عن أبي يوسف رحمهم الله أنه يعتق بالأداء قال له المولى ذلك أو لم يقل.

لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً متقوماً وقد وجد الأداء فيعتق كما لو
كاتبه على خمر فأدى فإنه يعتق. وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن ملك الغير لم يصر
بدلاً في هذا العقد بتسميته لأنه غير مقدور التسليم له فلم ينعقد العقد أصلاً. وإنما
العتق يكون باعتبار التعليق بالشرط. فإذا لم يصرح بالتعليق كما لو كاتبه على ثوب
أو ميتة. وإن كاتبه على عين في يد المكاتب وهي من كسبه فإن كان مأذوناً في التجارة
ففيه روايتان في رواية يجوز لأنه كاتبه على بدل معلوم مقدور التسليم. وفي رواية
لا يجوز لأنه كاتبه على مال نفسه إذ الكلام في عين كسبه من قبل. ولو كاتبه
على دراهم في يد العبد من كسبه يجوز باتفاق الروايات. وأما الرابع فالجواب المذكور
فيه قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله هي جائزة
وتقسم المائة على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد ويكون مكاتباً
بما بقي لأن العبد المطلق يصلح أن يكون بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذا يصلح
أن يكون مستثنى من بدل الكتابة لأن كل ما يصلح أن يكون بدل الكتابة يصلح أن
يكون مستثنى من بدل الكتابة وهكذا في بدل كل عقد. وهذا لأن المستثنى منه إنما يصير
مجهولاً بقدر جهالة المستثنى وهنا جهالة المستثنى جهالة وصف فكذا جهالة المستثنى
وهذه الجهالة لا تمنع صحة الكتابة كما لو كاتبه على وصيف. ولهما أن بدل الكتابة
مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف. وهذا لأن العبد لا يمكن
استثناؤه من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة
لجهالتها قدراً فكذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة. والحاصل أن هذا
عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من الدنانير بإزاء العبد الذي يرده المولى فهو
بيع وما كان منها بإزاء رقبة المكاتب فهو مكاتبة والبيع قد بطل بجهالة الثمن والمعقود عليه
فلو جازت الكتابة لجازت بما يخص الرقبة من المائة والكتابة بالحصة كتابة بالقيمة
فتكون فاسدة. فإن أدى الخمر في المسألة الأولى يعتق لأن العقد منعقد. وإن كان
فاسداً يعتق بالأداء. وقال زفر رحمه الله لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه لأن البدل
في الكتابة الفاسدة هو القيمة وإنما يعتق المكاتب بأداء القيمة البدل لا بأداء غير
البدل كذا ذكر في المبسوط والذخيرة وغيرهما. وذكر في الهداية إلا بأداء قيمة
الخمر وهو مشكل. وعند أبي يوسف رحمه الله أيهما أدى المشروط أو قيمته يعتق لأن
البدل هو المشروط والعتق متعلق بأدائه ومن حيث المعنى البدل هو القيمة وأيهما أدى
يعتق. وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه إنما يعتق إذا عين الخمر إذا قال إن
أديتها فأنت حر لأن العتق يكون بالشرط حينئذ. وصار كما إذا كانت ميتة أو دم
فإنه لا يعتق إلا إذا نص على الشرط. وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر صرح بذكر الشرط
أو لم يصرح. والفرق على ظاهر الرواية بين الخمر والخنزير وبين الميتة أن الميتة

ليست بمال أصلاً فلم ينعقد العقد المضاف إليها فاعتبر المعنى الشرط وذا بالتنصيص عليه. أما
الخمر والخنزير مال وإن لم يكن متقوماً فانعقد العقد المالية وموجبه العتق عند أداء العوض
المشروط. وإذا عتق بأداء الخمر سعى في قيمته لأن العقد لما فسد لزمه رد قيمته لأجل الفساد
وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشتري شراء فاسداً إذا أعتق المبيع بعد
القبض ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأن المكاتب رضي بالمسمى وبزيادة لئلا يبطل حقه
في العتق أصلاً والمولى ما رضي بالنقصان عنه. وفيما إذا كاتبه على قيمته إذا أدى القيمة
يعتق لأنها البدل وأثر الجهالة في الفساد. وإنما يثبت أداء القيمة بتصادقهما أو بأداء أقصى
ما يقع به تقويم المقومين. وهذا بخلاف ما لو كاتبه على ثوب فإنه لا يعتق بأداء ثوب
لأنه لا يوقف على أداء المشروط حقيقة. فإن اسم الثوب كما بيناه لما أدى يتناول غيره. فإن
قيل المسمى ثوب وهذا الذي أدى ثوب حقيقة فينبغي أن يعتق كما لو كاتبه
على خمر فأدى. قلنا نعم المسمى ثوب ولكن الثياب متفاوتة تفاوتاً فاحشاً فلا وجه
لتعيين هذا الثوب مسمى. ولأنه إنما يعتق بتسليم ما يصلح بدلاً والقيمة تصلح
بدلاً. ولهذا كان بدلاً في العقد الفاسد. أما الثوب فلا يصلح بدلاً بحال. وإن
كاتبه على حيوان غير موصوف بأن بين جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف
فالكتابة جائزة وتنصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة كما مر في النكاح. وقال
الشافعي رحمه الله لا تجوز لأنه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بأن كاتبه على دابة
أو دار أو ثوب وصار كالبيع والجامع أنها لا تصح إلا بتسمية البدل فكانت معاوضة كالبيع
ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الكتابة على الوصفاء ولأنه مبني على
المسامحة والمساهلة فلا يفسد بالجهالة اليسيرة في البدل كالجهالة في الأجل فإنه على ألف
درهم إلى العطاء أو إلى الحصاد أو إلى الدياس ونحو ذلك يجوز استحساناً بخلاف البيع لأنه
مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه وهذا في الابتداء معاوضة
مال بغير مال لأن البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال وفي الانتهاء
وإن كانت معاوضة مال بمال لأنه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه
إذ العبد لا يتملك مالية نفسه فشابه النكاح. وقد حققنا المسألة في النكاح. والخلاف
فيهما واحد. بخلاف ما لو كاتبه على دابة أو نحوها لأن الجهالة متفاحشة. والحاصل
أن جهالة البدل إذا كانت جهالة جنس منعت صحة التسمية في العقود كلها سواء كانت
معاوضة مال بمال كالبيع والإجارة وأمثالهما أو معاوضة مال بما ليس بمال كالخلع
والكتابة وأشباههما. وجهالة البدل متى كانت جهالة وصف منعت صحة التسمية في معا وضة
مال بمال لا في معاوضة مال بما ليس بمال. فإن كاتب ذمي عبداً ذمياً على قدر معلوم من
الخمر وهي جائزة لأن الخمر مال متقوم في حقهم كالعصير والخل في حقنا. وأيهما أسلم
فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتمليكها. وفي تسليم عين الخمر

تمليكها او تملكها من المسلم لان العقد وقع على غير المعين والمعين عينه فيكون بمنزلة
ابتداء التمليك والتملك. والعجز متى وقع عن تسليم بدل الكتابة يجب تسليم قيمته لتقوم
القيمة مقامه. وهذا اختلاف ما لو اشترى الذمي من ذمي عبدا بخمر ثم اسلم
احدهما قبل القبض فانه يفسد البيع عند البعض. والفرق ان العقد انما ينعقد على
ما يصلح بدلا في الجملة والقيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة. فانه اذا كاتبه على وصيف
كان ذلك كتابة على قيمة الوصيف في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمته يجبر على القبول
حتى جاز ان تنعقد الكتابة على قيمة الشيء ابتداء فجاز ان تبقى على القيمة. اما البيع فلا
ينعقد صحيحا على القيمة اصلا فلا يمكن ابقاؤه عليها. واذا قبضها اي قيمة الخمر عتق
لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة احد العوضين لاحدهما توجب سلامة
العوض الاخر للاخر وذا بالعتق. واذا ادى الخمر عتق ايضا لتضمن الكتابة تعليقا للعتق
باداء البدل المذكور. وصار كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى المكاتب الخمر
فانه يعتق كذا ذكره بعض المشايخ في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي
والتمرتاشي لو ادى عين الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة انقلبت الى
القيمة ولم يبق هذا الخمر بدل الكتابة اذ العقد انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي
على القيمة صحيحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحيحا والخمر بدل فبقاؤه صحيحا
دليل على ان الخمر لم يبق بدلا فلا يعتق باداءه وثم العقد وقع فاسدا بسبب الخمر
وبقي فاسدا كذلك فتبقى الخمر بدلا واذا بقيت بدلا يعتق باداءها. والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان مقصود السيد من العقد الوصول
الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الحرية وذا انما يحصل بالبيع والشراء وهما لا يتفقان
في الحضر فيحتاج الى السفر ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار فقد يفعله التاجر
اظهارا للمسامحة استجلابا لقلوب الناس اليه وربما يحابي في صفقة ليربح في اخرى
فان شرط عليه ان لا يخرج من المصر فله ان يخرج والكتابة جائزة والشرط باطل
اما بطلان الشرط فلانه خلاف موجب العقد والمقصود به. وهذا لان موجبه
مالكية البدل والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وذا يثبت له حق الاستبداد بالخروج
الى حيث شاء والمقصود بالعقد تمكنه من ابتغاء المال وذا بالضرب في الارض قال الله تعالى
وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله. وكل شرط يمنعه من ذلك
فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فكان باطلا واما صحة العقد فلان هذا
الشرط لم يتمكن في صلب العقد. والشرط الفاسد في الكتابة لا يفسد العقد
اذا لم يكن متمكنا في صلبه وانما يفسده اذا تمكن في صلبه. وهذا لان الكتابة
تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه النكاح من حيث انها لا

تحتمل

تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فتوفر حظهما عليهما. فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط
الفاسد اذا تمكن في صلبها كما لو شرط خدمة مجهولة لانه في البدل. ولشبهها بالنكاح
لا تبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها. ولان الكتابة في جانب العبد
تشبه الاعتاق لانها اسقاط الملك وفك الحجر واطلاق اليد بمنزلة الاعتاق وهذا
الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشرط
الفاسد كما لو اعتق عبدا على انه سائبة فان الشرط باطل والاعتاق صحيح. ولا
يتزوج الا باذن المولى لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزوج ليس من
اكتساب المال بل فيه التزام المهر والنفقة. وحكم المالكية انما يثبت له ليتمكن من
اداء البدل وكل عقد لا يوصله اليه لا يثبت له حكم المالكية فيه بل يكون كالقن
فيه. ويجوز باذن المولى لان الملك له وقد مر في النكاح. وله ان يزوج امته ويوكله
به لانه من باب الاكتساب للمال لانه يتملك المهر ويسقط نفقتها عن نفسه وهو منفك
الحجر في عقود الاكتساب. وله ان يكاتب عبده. وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا يجوز وهو القياس لانه يؤول الى العتق والمكاتب ليس باهل للاعتاق فصارت
كالاعتاق على مال. ولنا انها عقد اكتساب للمال فيملكها كالبيع وقد تكون الكتابة
انفع له من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيل الملك بنفسه عن المملوك الا بعد
وصول البدل اليه. ولهذا يملكه الاب والوصي ولانه يوجب لمملوكه مثل ما هو
ثابت له وذا صحيح كالحر يعتق مملوكه. بخلاف الاعتاق بمال لانه يوجب لغيره
فوق ما له لانه يعتق حقيقة بنفس القبول. فان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له
لان الولاء لمن اعتق. وانما اعتق الثاني بعد تمام الملك الاول بعتقه وهو من اهل الولاء
لحريته فيثبت له. فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه لسيده لانه تعذر جعل
المكاتب معتقا له لعدم اهليته الاعتاق لانه رقيق بعد فيخلفه فيه اقرب الناس اليه
وهو مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئا يملكه مولاه. لان الشراء موجب
للملك فاذا لم يكن المشتري اهلا للملك خلفه في الملك اقرب الناس اليه وهو مولاه وهذا
لان له فيه نوع ملك ولعتقه ضرب اتصال الى تصرفه لانه استفاد به فجعل كانه
كاتبه فكان معتقا له فيثبت الولاء له ضرورة. فلو ادى الاول بعده وعتق لا يتحول
الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق كما لا يتحول الملك في كسب
المأذون اليه بعد عتقه. ولا يهب ولا يقرض ولا يتصدق الا بالشيء اليسير ولا يوكل
بهما لان كل واحد منهما تبرع وليس باكتساب للمال. والهبة بعوض تبرع ابتداء
الا ان اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من اتخاذ دعوة المجاهزين واهداء شيء
اليهم واعارة مسكن او غير ذلك استجلابا لقلوبهم ومن ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته
وتوابعه. ولا يتكفل بالنفس او المال ولا يقرض لانه تبرع وليس من ضرورات التجارة

والاكتساب • والمكاتب ليس بأهل للتبرع • لأن صحته تعتمد حقيقة الملك والكفالة بغير
أمر تبرع مطلقا وبأمر ابتداء • ولا يجوز أن يعتق عبده على مال أو يبيع نفس عبده من عبده
لأنه إسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمة المفلس وهذا ليس باكتساب للمال وبيع
نفسه منه إعتاق بمال في الحقيقة • ولا يزوج عبده ولا يأمره به لأنه تعييب للعبد وتنقيص
لماليته بكونه شاغلا لرقبته بالمهر وكسبه بالنفقة لا اكتساب للمال • بخلاف تزويج الأمة
لأنه اكتساب للمهر والنفقة • فلو عتق وأجاز لا يجوز • لأن الإجازة لاقت عقدا
باطلا • إذ تزويج المكاتب عبده باطل غير موقوف لأنه لا مجيز له • وكذلك لو زوجه
الوكيل بعد عتقه لا يتوقف على إجازته لأن توكيله يقع باطلا • ولو قال بعد
العتق أجزت تلك الوكالة يكون هذا توكيلا ابتداء • لأن التوكيل ينعقد بلفظ
الإجارة كما لو قال لغيره أجزت لك أن تطلق امرأتي أو رضيت يكون وكيلا •
بخلاف التزوج لأنه لا ينعقد بلفظ الإجازة ابتداء • والأب والوصي مثل المكاتب
في رقيق الصغير لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب فملكا كتابة عبده لا تزويجه
ولا بيعه من نفسه • لأنه إعتاق بمال وملكا تزويج أمته ولا يملك مأذون ومضارب
وشريك شركة المفاوضة والعنان شيئا من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف رحمه الله لهم تزويج الأمة اعتبارا بالمكاتب فإن له أن يزوج أمته
وكذا المولى وبالإجارة فإن لهم ولاية الإجارة فكذا ولاية التزويج الأمة
إذ كل واحد منهما تمليك المنفعة ببدل • ولهما أن لهم التجارة وهذا ليس بتجارة لأنه
ليس بمبادلة المال بالمال إذ البضع ليس بمال حقيقة فصار شبيها بالكتابة ولا يملك هؤلاء
الكتابة فكذا هذا أما المكاتب فيملك الاكتساب وهذا اكتساب • وهذا بخلاف
الإجارة فإنها مبادلة المال بالمال • ولهذا يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع
فكانت تجارة • ولا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد • **فصل** ولو اشترى
المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته لأن المكاتب أهل للكتابة كالحر أهل للتحرير
ثم الحر إذا اشتراهما يعتقان عليه فكذا المكاتب إذا اشتراهما يتكاتبان عليه
تحقيقا للصلة بقدر الإمكان • وإن اشترى أخاه أو ذي رحم محرم آخر منه لا ولاد له
لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة رحمه الله • وعندهما يدخل كما في الولاد • إذ وجوب
الصلة يشمل الجميع الكل • وكما في الحر في حق الحرية • وله أن للمكاتب كسبا
وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لا يفسد نكاح امرأته
ولو اشتراها • والقدرة على الكسب موجبة للصلة في الولاد حتى تجب نفقة الوالد والولد
على القادر على الكسب وإن لم يكن موسرا • ولا تجب الصلة في غير الولاد حتى لا تجب على الأخ
نفقة الأخ وإن كان قادرا على الكسب ما لم يكن موسرا • ولأن الدخول في الكتابة
بطريق الصلة فيختص بموضع وجوب الصلة • ولأن هذه قرابة تشبه بني العم في حق

الزكوة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان القصاص • وتشبه الولاد في حرمة المناكحة
وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا فألحقناها بالولاد في العتق وببني الأعمام في الكتابة
توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على عكسه • لأن العتق أسرع
نفوذا من الكتابة فإن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه لم يكن للآخر أن يبطله • ولو كاتبه
فللآخر إبطاله • ولو اشترى أم ولده مع ولده منها دخل ولدها في الكتابة تحقيقا للصلة
ولم يجز بيعها إجماعا لأنها تبع للولد في هذا الحكم • قال عليه السلام أعتقها ولدها
ولم تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه نص عليه في المبسوط • ولو ملكها وحدها
بدونه صح بيعها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس له أن يبيعها لأنها أم ولده فصار كالحر
إذا اشترى أم ولده بدونه • وله أن القياس يقتضي جواز بيعها وإن كان معها ولدها
لأن كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدي فيتقرر له وبين أن يعجز فيتقرر للمولى
فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد إلا أنه ثبت امتناع بيعها إذا كان
معها ولدها تبعا لثبوته في الولد بناء عليه • وما ثبت تبعا يثبت بشروط المتبوع •
ولو ثبت بدون الولد يثبت ابتداء والقياس ينفيه • ولو ولد له ولد من أمة له دخل
في كتابته تبعا له وكان حكمه كحكمه وكسبه له • لأنه كسب كسبه
فكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه • وكذا لو ولدت
المكاتبة ولدا يدخل في كتابتها • لأن الصفات الحكمية الثابتة في الأمهات تسري إلى
الأولاد كالتدبير والاستيلاد • وإن زوج أمته من عبده وكاتبهما فولدت منه
ولدا دخل في كتابتها وكسبه لها لرجحان تبعية الأم لتيقننا بأنه جزؤها بخلاف حاله
ولهذا يتبعها في الرق والحرية فكذا في الكتابة • ولو قتل الولد تكون قيمته للأم
دون الأب • مكاتب أو مأذون تزوج بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت
منه فاستحقت فولدها عبد ولا يأخذه بالقيمة • وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله • وقال محمد رحمه الله ولدها حر بالقيمة ويؤديها إليه إذا عتق • له
أن العبد شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور فيشاركه في الحكم
وهذا لأنه إنما يحكم بحرية ولد الحر لأنه بنكاح الحرة رغب في حرية الأولاد فحكم
بحريتهم نظرا له ودفعا للغرور عنه والعبد ساواه في هذا المعنى فيساويه في موجبه
ولهما أنه ولد ولد بين رقيقين فيكون رقيقا كما لو كان علم حالها • والقياس في الحر
كذلك إذ الولد يتبع الأم في الرق والحرية إلا أنا تركنا القياس ثمة بإجماع الصحابة
رضوان الله عليهم أجمعين • وهذا ليس في معناه • لأن الحكم ثمة حرية الولد مع مراعاة
حق المستحق بإيجاب القيمة في الحال • وهنا لو وجبت القيمة لتأخرت إلى عتقه لأنه
ضمان قولي لا يقابله مال فصار كضمان الكفالة فينقلب ضررا محضا من جانب
المستحق فبطل الإلحاق • ولو وطئ المكاتب أو المأذون أمة على وجه الملك بغير إذن

بان اشترى امة فوطئها فاستحقت فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة. وكذا
لو اشترى المكاتب او المأذون شراء فاسدا فوطئها فردها اخذ بالعقر في
المكاتبة. ولو وطئها بالنكاح بغير اذن المولى لم يؤخذ بالمهر حتى يعتق والفرق
ان الدين ظهر في حق المولى في الفصل الاول لان توابع التجارة داخلة تحت الكتابة
وان كانت تبرعا حقيقة كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة. وهذا
العقر من توابع التجارة ويستند الى التجارة لانه لولا الشرى لوجب الحد
فصار ملحقا بدين التجارة. وان كان مقابلا بغير مال ولم يظهر في الفصل
الثاني لان وجوب العقر هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة
والاكتساب فيتأخر الى عتقه كدين الكفالة.

فصل

ولو ولدت
المكاتبة من المولى فان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت
ام ولد له لانها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتختار ايهما شاءت
ونسب ولدها ثابت من المولى بالدعوة لانها مملوكة للمولى من وجه وهو حر
لان المولى مالك للاعتاق في ولدها. فاذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها
لاختصاصها بنفسها واكسابها. فان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها
بدل الكتابة. لانها انما التزمت المال لتسلم لها نفسها بجهة الكتابة ولم تسلم بهذه
الجهة فلا يجب البدل. وان ماتت وتركت مالا تؤدى مكاتبتها منه وما بقي
ميراث لولدها اعتبارا لموجب الكتابة. فان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا
الولد لانه حر. واما السعاية على ولد هو تبع لها في الكتابة حتى اذا ولدت ولدا آخر
فنفاه المولى او لم يدعه فان نسبه لا يثبت منه لانها مكاتبة لا تحل للمولى وطئها
فلا يثبت النسب منه الا بالدعوة. واذا ماتت سعى هذا الولد فيما بقي عليها
لانه مكاتب تبعا لها. فلو مات المولى بعد ذلك عتق الولد وبطلت عنه السعاية
لانه بمنزلة ام الولد تبعا لامه فيعتق بموت المولى. واذا كاتب ام ولده صح لانها مملوكة
وعقد الكتابة يرد على المملوك ليتوصل به الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية
في المآل. وام الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا وكسبها للمولى فيصح منه
اثبات هذه المالكية لها بالبدل. فان مات المولى عتقت مجانا وسقط عنها بدل
الكتابة لانها عتقت بسبب امومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة
لعدم التنافي بينهما. ومن حكم الاستيلاد عتقها بعد موته مجانا. فان قيل
فلماذا تسلم لها الاكساب والاولاد قلنا لانها عتقت وهي مكاتبة فتسلم لها الاولاد
والاكساب. وهذا لان الكتابة تنفسخ في حق البدل وتبقى في حق الاولاد والاكساب
لان الفسخ للنظر لها والنظر في انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاكساب
والاولاد. ولو ادت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها. وان كانت

مدبرة

مدبرة جاز لانه يحتاج الى استفادة العتق قبل موت السيد وذا بالكتابة. ولا
تنافي بينهما لانه تلقاه جهتا عتق عاجل ببدل وآجل بلا بدل. فان مات المولى ولا مال
له غيرها سعى في ثلثي قيمته او كل بدل الكتابة عند ابي حنيفة رحمه الله. وعند ابي
يوسف رحمه الله يسعى في الاقل منهما. وعند محمد رحمه الله يسعى في الاقل من ثلثي قيمته
وثلثي بدل الكتابة. فالخلاف في الخيار وفي المقدار. وابو يوسف مع ابي حنيفة في
المقدار. ومع محمد في نفي الخيار. اما الكلام في الخيار بين ابي حنيفة وصاحبيه
رحمهما الله فبناء على تجزي الاعتاق عنده وعدم التجزي عندهما. فعنده لما تجزى
بقي ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتصدى لعتقه
جهتان بدلان جهة كتابة مؤجلة وجهة سعاية معجلة فيتخير لتفاوت بين الامرين
وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة
وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال عليه غير مؤجل. ولان عتق
بعض المكاتب انما حصل بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو اعتق المكاتب
في مرض موته ولا مال سواه فانه يعتق كله عندهما ولا يسقط عنه كل بدل
الكتابة حالا ووجب ثلثا القيمة بالتدبير حالا لم يكن التخيير مفيدا فيلزمه اقل
المالين بلا خيار كما اذا اعتق عبده على الف او الفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار
عندهم كذا هنا. واما الكلام في المقدار فقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله
لا يبطل شيء من بدل الكتابة. وقال محمد رحمه الله يبطل ثلث بدل الكتابة مقابلا
بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل. الا ترى انه لو اعتق كله
بالتدبير بان كان يخرج من الثلث بطل كل البدل فكذا اذا اعتق ثلثه به فيسقط
ثلثه عنه اعتبارا للبعض بالكل. ولهذا لو ادى كل البدل في حياته يعتق كله
ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق بالاداء. وصار كما
لو تقدمت الكتابة. ولهما ان المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله
الى ما يصح كرجل طلق امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على الف كان كله مقابلا بما بقي وهو الواحدة
لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما
هو ثابت. والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه
بالكتابة ليكون البدل بمقابلته فكان البدل بمقابلة ما وراءه. واذا ثبت ان بدل
الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شيء منه للعبد بموت المولى فلا يسقط
شيء منه من بدل الكتابة. وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل ثم قوبل بكل
الرقبة اذ لم يستحق شيئا من رقبته عن المكاتبة. فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك
بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة. اما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير فقلنا ولت
ما لم يتناوله التدبير وما بازاء الثلث قد سقطت حتى لو اتلفه انسان لا يضمن الا القيمة

الثلثين فكان البدل بإزاء الثلثين ضرورة. وليس كما إذا أدى في حياته لأن استحقاق
الثلث قد بطل وبطل التقدير الذي قلنا. وإن دبر مكاتبه صح التدبير لأنه يملك تنجيز
العتق فيه فيملك التعليق بشرط الموت أيضا وله الخيار. فإن عجز نفسه بقي مدبرا
لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب العبد. وإن مضى على الكتابة ومات المولى ولا مال له غيره
سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن الثلث مستحق بالتدبير
المتأخر فيسقط به ثلث بدل الكتابة وقالا يسعى في الأقل منهما فالخلاف هنا في الخيار
بناء على ما ذكرنا. فأما المقدار فمتفق عليه وقد بينا الوجه فيه. وإذا أعتق المولى
مكاتبه صح وسقط عنه بدل الكتابة لأنه إنما التزمه ليحصل العتق به وقد حصل العتق
بدونه. والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ بالتراضي وقد
وجد الرضى من المولى بالإقدام على الإعتاق وكذا من العبد بحصول العتق له مع
سلامة الأكساب لأن الحكم بانفساخ الكتابة في حق سقوط البدل للنظر والنظر
في إبقائها في حق سلامة الأكساب. مكاتبة ولدت بنتا ثم ولدت البنت بنتا
ثم أعتق المولى الوسطى تعتق السفلى عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا تعتق لأنها
تبع للعليا لا للوسطى لأنه لا تبع للتبع وله أنها تبع لهما فتعتق بعتق كل واحد منهما.
وإن كاتب عبده على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة صح والقياس أن
لا يصح لأنه اعتياض عن الأجل بخمسمائة من بدل الكتابة والأجل ليس بمال وخمسمائة
مال والاعتياض عن غير المال في المال ربا. ولهذا لو كان له دين مؤجل على الحر أو على
الغير فصالحه على نصفه معجلا لم يجز. وجه الاستحسان أن الفساد في الحر لمكان
الربا والأجل ليس بمال متقوم فلم يجز مقابلة الحط به وقد وجد بإنشاء الاحتراز
عن الربا هاهنا وهو يحتمل ذلك فسخا منهما للكتابة السابقة وتجديدا للعقد على
خمسمائة بصفة الحالة لأن بدل الكتابة في معنى المعقود عليه. ألا ترى أن العجز عن أدائه يوجب
حق الفسخ باعتبار الإضافة إليه. بخلاف ثمن المبيع ولأن الأجل في حق المكاتب له
شبهة بالأموال لأنه لا يقدر على أداء بدل الكتابة إلا بالأجل فأعطي له حكم المال
وبدل الكتابة له شبهة بالحقوق التي ليست بمال بدلالة أنه لا يصح نصابا للزكاة
ولا يوصف بالذوم حقيقة ولا تصح الكفالة به فكان كل واحد منهما مالا
من وجه دون وجه فاعتدلا فلا يتحقق الربا. فأما الدين الذي على الحر فيصلح
نصابا للزكاة ويوصف باللزوم حقيقة وتصح الكفالة به. والأجل في حقه لا يشبه
المال لأنه قادر على أدائه فبطل الاعتياض. ولأن الاعتياض عن الأجل ربا من وجه
وعقده مع مكاتبه عقد من وجه دون وجه لما أن القياس ينفي هذا العقد
ولأنه من وجه وتعليق العتق بأداء البدل وكان شبهة الشبهة وهي غير
معتبرة وعقده مع الحر أو مكاتب الغير عقد من كل وجه. فكان ربا لأجل

شبهة فتعتبر. وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات
ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد
رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وعند محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الألف
أي القيمة حالا والباقي إلى أجله. لأن ما زاد على القيمة يملك المريض تركه بأن يكاتبه
على قيمته فيملك تأجيله بالطريق الأولى. ولأن التأجيل أهون من الإبطال. وصار كما
لو خالع امرأته في مرض موته على ألف إلى سنة فإنه يعتبر من كل المال لأنه لو تركه
صح بأن يطلقها بلا بدل فيصح تأجيله. ولهما أن بدل الكتابة يتعلق بمال متقوم فيصير
بدلا عنه. ولهذا كان عتقه معلقا بأداء الكل وحق الورثة كان متعلقا بجميع
المبدل فيصير متعلقا بجميع البدل فقد تبرع بتأجيله فلا يصح في قدر الثلثين منه.
بخلاف بدل الخلع لأنه لا يقابل بالمال بوجه من الوجوه ولم يكن حق الورثة متعلقا
بالمبدل وهو البضع فلا يصير متعلقا بالبدل. وأصله أن المريض إذا باع دارا قيمتها
ألف بثلاثة آلاف إلى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة. فعندهما يقال
للمشتري إما أن تعجل ثلثي جميع الثمن والثلث عليك إلى أجله وإلا فانقض البيع. وعنده
يقال له إما أن تعجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجله وإلا فانقض البيع. وحاصله أن
المحاباة بالأجل تعتبر في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما. لأن التأجيل تبرع من
المريض من حيث أن الوارث يصير ممنوعا من المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا
بنفس التبرع. وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال. وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل
أنه يثبت فيه أحكام الإبدال حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن ويأخذ الشفيع بكل
الثمن. وعنده الأجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث.
ولو كان على العكس بأن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة قيل له
أد ثلثي قيمتك حالا وأنت حر وإلا رددت في الرق عندهم. لأن المحاباة هنا في القدر والأجل
فوجب اعتبار الكل من ثلث ماله

باب من يكاتب عن العبد

حر كاتب عن عبد على ألف وأدى الحر عنه عتق. وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب. وصورة
المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفا
فهو حر فكاتبه المولى على هذا وقبل الرجل ثم أدى ألفا فإنه يعتق لأنه تعليق العتق بأدائه
وذا يصح من غير قبول العبد وإجازته. فإذا بلغ العبد وقبل صار مكاتبا لأن الكتابة كانت
موقوفة على إجازته وقبوله إجازة. ولو لم يقل على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر فأدى
لا يعتق قياسا. لأن العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق. وفي الاستحسان
يعتق لأن الكتابة نافذة فيما ينفع العبد وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفة
فيما يرجع إلى وجوب البدل عليه نظرا للعبد تصحيحا للعقد بقدر الإمكان. وقيل
هذه صورة مسألة الكتاب. ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد لأنه متبرع. وهل

يرجع على المولى ويسترد منه ما أدى إذا أدى بحكم الضمان يسترده لأن ضمانه كان باطلا
لأنه ضمن بغير الواجب ألا ترى أنه لو ضمن المال في الكتابة الصحيحة فأدى يرجع بما أدى
فههنا أولى وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه تبرع به لتحصيل العتق وقد حصل فتم
مراده فلا يرجع ولو كاتب حر عن ابنه الصغير لا يصح لأن الأب أجنبي لا ولاية له
على ابنه العبد فلم ينفذ العقد إلا أن يعقل فيجيز لأنه توقف عليه لأنه نافع محض والعقل
منتظر وإن كاتب العبد الحاضر والعبد الغائب وقبل الحاضر صح العقد عليهما استحسانا
ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب والقياس
أن تصح الكتابة على الحاضر بحصته من البدل وتتوقف في حق الغائب على إجازته لأن
الحاضر له ولاية على نفسه دون الغائب فوجب أن ينفذ في موضع الولاية ويتوقف في
غير موضع الولاية كمن باع ماله ومال غيره بغير أمره وكمن كاتب عبده وعبد
غيره وجه الاستحسان أن هذا العقد في حق الغائب عقد تفرد به المولى فوجب
أن يصح بلا توقف كما لو كاتب الحاضر بألف درهم ثم قال إذا أديته فلان حر فإنه يصح
من غير قبول الغائب وهذا لأن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها
حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء فلما أمكن أن يجعل تبعا استغنى عن شرط
الرضى وتفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لأن المال كله عليه وأيهما أدى عتقا
ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلأن البدل عليه وهو متصل فيه وأما الغائب فلأنه
ينال شرف الحرية فيجبر المولى على القبول وإن لم يكن البدل عليه كمعير الرهن إذا أدى
الدين إلى المرتهن يجبر المرتهن على القبول منه لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين
عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه بشيء أما الحاضر فلأنه قضى دينا عليه وكذلك المكاتب
إذا ولد له ولد في الكتابة فإنه إذا أدى لم يرجع على ولده بشيء لما قلنا وأما الغائب فلأنه
أدى بغير أمره وليس بمضطر من جهته بل طلب نفعا مبتدأ بخلاف معير الرهن لأنه مضطر
فيه لأنه يفوت ملكه الثابت وإن وهب المولى بدل الكتابة للحاضر عتقا لأن الكل
عليه فنزل ذلك منزلة أدائه وإن وهبها للغائب لم يعتقا لأنه لا شيء عليه فلا تصح الهبة
فإن قبل العبد الغائب العقد فهو لغو والكتابة لازمة للشاهد كما لو لم يقبل
لأن الكتابة نفذت لذلك من غير قبوله فلا تتغير بقبوله كمن كفل بدين عن غيره
بغير أمره فبلغه فأجازه فإن إجازته باطلة ولا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا
هذا وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء من البدل لأنه لم يلتزم شيئا بل هو تبع في العقد
كولد المكاتب ولا يؤخذ ولد المكاتب بشيء كذا هذا فإن حرر المولى العبد الغائب
عتق لأنه ملكه وسقط حظه من المكاتبة لأن المال مقابل بالرقبتين في حق المولى حظه
والحاضر وإنما جعلناه تابعا لا حصة له في حقه لئلا يتضرر به فإذا بطلت حصته لم يعتق

الحاضر

الحاضر حتى يؤدي حصته وإن حرر الحاضر عتق وبطل عنه حصته من الكتابة ويؤدي
الغائب حصته حالا وإلا رد في الرق لأن الأجل كان مشروطا للحاضر دون الغائب
ولو كاتب عبده عن نفسه وعن ابن صغير له فهو كالعبد الغائب لأنه لا ولاية له
على ولده فصار ابنه المملوك للمولى ومملوك آخر سواء بل هذا أولى لأن ولده أقرب
إليه من الأجنبي وكذا الولد إذا كاتبت أمته عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين تجوز وليس
جواز العقد منها على ابنيها بطريق الولاية إذ لا ولاية للأم الحرة على ولدها فكيف
يثبت للأمة ولكن لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة فتجوز عليهما فضولا وعليهما
تبعا استحسانا كما في كتابة الحاضر عن الغائب عبد للمولى غائب وأيهم أدى لم يرجع
على صاحبه بشيء لما مر ويجبر المولى على القبول لما بينا أن المؤدي منتفع لما يؤدي ويعتقون
لما مر كاتب عبده كتابة صحيحة فأداه عنه غيره بلا أمره وضمان عتق ولا يرجع لأنه
متبرع ولو أدى بضمان بأمر العبد رجع على العبد لأدائه بأمره أو على سبيل الفساد مما
يبتني عليه الأداء وهو الضمان فإن استرد البعض بأداه ويعجز لا يرجع ويكون دينا
في ذمته يباع فيه وإن كاتب عبديه كتابة واحدة على ألف درهم على أنهما إن أديا
عتقا وإن عجزا ردا في الرق فقبلا صح العقد استحسانا لما مر في الكفالة فإن أدى
أحدهما حصته لا يعتق وقال زفر رحمه الله يعتق لأن كل واحد منهما يلزمه كتابة
نفسه وحصته لا حصة صاحبه ولنا أنه علق عتقهما بأداء الكل لأنه قال إن أديا عتقا
فلا يعتق أحدهما بأداء حصته مكاتب قال إذا عتقت فثلثي وصية أو أوصيت بثلثي صح
وإن قال أوصيت بثلث مالي وعتق بطل اعلم أن وصية المكاتب ثلاثة أقسام
قسم منها باطل وهو الوصية بعين من أعيان ماله لأنه لا ملك له حقيقة وهو تبرع
محض فلا يصح وإن ملك ذلك بعد العتق كمن أوصى بعين لا يملكه ثم ملكه وقسم
يجوز إجماعا وهو ما إذا أضاف الوصية إلى ملك بعد العتق بأن قال إذا عتقت فثلث
مالي لفلان وصية أو قد أوصيت بثلث مالي حتى إذا عتق ثم مات فللموصى له ثلث ماله
لأنه صرح بإضافة الوصية إلى ملك يقبل الوصية وقسم باطل عند أبي حنيفة رحمه الله
صحيح عندهما كما إذا قال أوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق وهذا بناء على أن للمكاتب
نوعي ملك حقيقيا وهو ما بعد العتق ومجازيا وهو ما قبل العتق فعنده ينصرف إلى
المجازي فوقع باطلا وعندهما إلى الحقيقي فيصح مكاتب أو أمر رجلا بتحرير عبده
غدا أو بهبة أو بصدقة غدا ثم عتق المكاتب أو بلغ الصبي قبل مجيء الغد فهو باطل
لبطلان أهليتهما حتى لو فعل الوكيل يتوقف على إجازتهما وكل عبد محجور
رجلا بأن يزوج له امرأة أو يشتري له شيئا ففعل الوكيل بعد عتقه صح لأن
العبد أهل للشراء وإنما لم تنفذ الوكالة لحق المولى فإذا زال بالعتق نفذت الوكالة
وإن اشتراه الوكيل قبل عتقه نفذ عليه لأن الشراء لا يتوقف وهل للعبد

ان لم اضربك فانت حر فاوصى العبد الى رجل وله ولد صغير وله مال ومات ولم يضربه عتق ولغى ايصاؤه لانه انما يعتق في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق الياس عن الضرب عنده وذلك زمان يسير لا يسع التصرف فيه فلا يصح ايصاؤه والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

عبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب نفذ في حظه فقط عند ابي حنيفة رحمه الله لان الكتابة تتجزى عنده لانها تفيد الحرية يدا فتصارت كالاعتاق من هذا الوجه وليس لشريكه الفسخ لانه باذنه وهذه فائدة الاذن بالكتابة فان ادى الفا عتق حظه ولا يضمن لشريكه لانه برضاه ولكن يسعى العبد في نصيب الساكت وان ادى بعض الالف او كله سلم له وليس للساكت ان ياخذ منه نصفه لان اذنه له بقبض البدل اذن للمكاتب بالاداء والاذن بالاداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله له كرب الوديعة اذا امر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل فكذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم ولو اذن وهو مريض وادى من كسبه بعد الكتابة صح من كل ماله حتى لا يعتبر من الثلث وانما تبرع بمنافع العبد حيث اذن له بصرفها في اداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال لان حق الورثة يتعلق باعيان الاموال لا بالمنافع وان كان قد اكتسب قبل الكتابة فاذن له في الكتابة والقبض منه تعتبر من الثلث لانه تبرع بعين ماله لانه حال الاذن كان الكسب قائما فتعلق حق الورثة به وعندهما الكتابة لا تتجزى فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة الكل فاذا كاتبه يكون مكاتبا نصيبه بحكم الملك ونصيب شريكه بحكم التوكيل والاذن فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما فاذا قبض من المكاتب شيئا يكون بينهما قبل العجز وبعده ولو كان بلا اذن صاحبه له حق الفسخ عند الكل وان لم يفسخ حتى ادى بدل الكتابة عتق عند ابي حنيفة رحمه الله وللساكت ان ياخذ من الذي كاتب نصف ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك ثم ينظر ان كان كاتب كله بالالف لا يرجع على المكاتب بشيء مما اخذ منه شريكه لانه لم يسلم للعبد منه الا نصف البدل وان كاتب نصيبه بالف رجع على العبد بما اخذ منه شريكه لانه سلم للعبد منه كل البدل ولم يسلم للمولى الا نصف البدل فيرجع بالنصف الاخر وعندهما اذا ادى بدل الكتابة يعتق كله ويغرم المكاتب لشريكه نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا كما لو اعتقه احدهما بغير عوض وللساكت ان ياخذ من العبد نصف ما بقي في يده من الاكتساب لانه كسب عبد مشترك ولو كاتب احدهما كله او حظه

بالف

بالف ثم كاتب الاخر كله او حظه بمائة دينار بغير اذن صاحبه صار مكاتبا لهما اما عنده فلان الكتابة تتجزى فينفذ كتابة كل في نصفه واما عندهما فلان الاول اذا كاتب نصيبه صار كله مكاتبا وللاخر حق الفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه في نصفه واما اذا قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه في ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى في كتابة نصيبه فان ادى اليهما معا فالولاء لهما عندهم وان قدم احدهما صار مكاتبا لهما حتى ان ادى احدهما فيعتق نصفه عند ابي حنيفة رحمه الله ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية الا ان يعجز المكاتب فيضمن القابض نصيب صاحبه ان كان موسرا او يسعى العبد في نصف قيمته ان كان معسرا وعندهما يعتق كله ويضمن نصيب صاحبه ان كان موسرا ويسعى المكاتب في نصف قيمته ان كان معسرا عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة في اليسار وفي الاعسار يسعى في ذلك امة بين رجلين كاتباها فوطيها احدهما فولدت ولدا فادعاه فوطيها الاخر فولدت ولدا فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول وضمن نصف قيمتها ونصف عقرها وقيمة ولدها ويكون ابنه وايهما دفع العقر الى المكاتبة صح وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي ام ولد للاول وهي مكاتبة كلها له وعليه نصف قيمتها لشريكه عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله عليه الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الاخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزى وعندهما لا يتجزى واستيلاد القنة لا يتجزى اجماعا واستيلاد المدبرة يتجزى اجماعا واذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعى احدهما الولد صحت دعوته لانه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه ام ولد له ولم يتملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الاخر مكاتبا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتملك نصيب صاحبه وصار كلها ام ولد له لان تكميل الاستيلاد واجب ما امكن الا ترى انه لو استولد امة مشتركة تصير كلها ام ولد للمستولد لامكان التكميل بالتملك لانها قابلة للنقل وقد امكن هنا لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمل فرجحنا الاستيلاد وكملناه وفسخنا الكتابة في حق التمليك وهي لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل ولا يتملك نصيب المستولد لانه لا يمكن تكميلها اذ التدبير مانع من النقل من ملك الى ملك فان قيل هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة البيع فيما اذا باع المكاتب كما قلتم بانفساخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد قلنا في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ويتضرر هو ببطلانه والكتابة لا تنفسخ فيما يتضرر به المكاتب

وله ان الاستيلاد يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين
اذا استولدها احدهما فانه يتجزى ويقتصر الاستيلاد على نصيب المستولد والكتابة
عقد لازم كالتدبير فلا يقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه
كما في المدبرة المشتركة اذ لو صارت كلها ام ولد له لانتقل الملك اليه مع قيام
الكتابة اذ لا سبيل الى الفسخ لانها عقد لازم والكتابة مانعة للنقل فاذا جاءت بولد
اخر وادعاه الاخر فقد ادعى نسب ولد امة نصفها ملكه فتصح دعوته ويثبت
نسبه منه فاذا عجزت المكاتبة بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين
ان الامة كلها ام ولد للاول لان المقتضي لتكامل الاستيلاد موجود والمانع من التكامل
الكتابة فاذا انفسخت الكتابة عمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار
للبايع اذا اسقط الخيار يثبت الملك له من وقت وجوده فيضمن للاخر نصف قيمتها
لانه ملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه امة مشتركة ويضمن
شريكه كل العقر وقيمة الولد والولد ولده الاخر وهو حر بالقيمة لان الاخر بمنزلة المغرور
لانه وطيها على ظن منه ان نصفها على حكم ملكه وظهر بالعجز بطلان الكتابة
لانه لا ملك له وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة ولكنه وطي ام ولد
الغير حقيقة فيلزمه كل العقر وايهما دفع كل العقر الى المكاتبة جاز لان العقر حقها
حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها واذا عجزت ترد الى المولى لانه ظهر اختصاصه
وهذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما هي ام ولد للاول ولا تصح دعوة
الاخر وعليه جميع العقر للاول لانه لما ادعى الولد صارت كلها ام ولد له لتكميل الاستيلاد
لانه ممكن بفسخ الكتابة لما مر واذا صارت كلها ام ولد له فوطي الثاني صادف ام ولد
الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة ولزمه كل العقر لان
الوطي لا يخلو عن الضمان الجابر او الحد الزاجر تعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر
وتبقى الكتابة عندهما فصارت كلها مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لان الكتابة
انفسخت فيما تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة والجمهور
على انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة
وهو حكم التملك فبقي العقد الاول كما كان والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها
بنفسها وابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه
قال ابو يوسف رحمه الله يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك
نصيب شريكه من المكاتبة فيضمن قيمته مكاتبا موسرا كان او معسرا لانه ضمان
التملك فلا يختلف باليسار والاعسار وقال محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف
قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق الشريك اما في نصف القيمة على اعتبار
العجز عن الاداء او في نصف بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل

وان لم يطاها الثاني ولكن دبرها فعجزت بطل التدبير عندهم اما عندهما فلان
المستولد يملكها قبل العجز واما عنده فلانه بالعجز ظهر ان كلها ام ولد للاول وانه
لم يكن له فيها ملك لما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب
لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولانه ما
التدبير فلا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى امة فدبرها فاستحقت بطل التدبير
ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا وهي
ام ولد للاول لانه يملك نصيب شريكه فكمل الاستيلاد لامكان التمليك وضمن
لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد ونصف عقرها لوطيه امة مشتركة
بينهما والولد للاول لصحة دعوته على ما مر وهذا قولهم وان دبرها الاول واستولدها
او اعتقها صح في حظه وصار نصفه مدبرا او ام ولد او معتقا ونصيب الساكت
مكاتبا على حاله عند ابي حنيفة رحمه الله اما الاول والثاني فلان التدبير عنده يتجزا
وكذا الاستيلاد المكاتبة عنده لما مر ان الكتابة مانعة من التملك فيتجزى الاستيلاد
ضرورة ولا ضمان ولا سعاية لان نصيب الساكت لم يتغير وعندهما صارت كلها مدبرة
او ام ولد للمدبر والمستولد لعدم التجزي ويضمن نصيب الشريك موسرا كان
او معسرا لانه ضمان تملك واما في الثالث فلان الاعتاق عنده يتجزى فبقي نصيب
الاخر مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية ان مضت على الكتابة لان نصيب الساكت لم يتغير عما
كان عليه وبقي مكاتبا كما كان فلم يتلف المعتق شيئا فلا يضمن وعندهما
لما كان لا يتجزى عتق الكل فله ان يضمنه ان كان موسرا او يستسعي ان كان معسرا
لان ضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار لكن عند ابي يوسف رحمه الله
يضمن نصف قيمتها وعند محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف
بدل الكتابة ثم اختلفوا على قول ابي حنيفة رحمه الله فقال بعضهم يجب نصف
قيمتها قنة لان الكتابة انفسخت في نصيبه سابقا على العتق ضرورة تكميل العتق
من جهة العتق وقال بعضهم يضمن نصف قيمتها مكاتبة وهو الصحيح لان
سبب الضمان الاعتاق والاعتاق صادف المكاتبة واتلاف المكاتب لا يوجب
قيمة القن وان عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند
ابي حنيفة رحمه الله لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كانها لم تزل فيه
فصار المعتق متلفا نصيب الشريك بالاعتاق السابق فيصير حكمه كحكم عبد بين
اثنين اعتقه احدهما فعنده ان كان معسرا له خيار الاعتاق والاستسعا
وان كان موسرا له ان يعتق نصيبه او يستسعي او يضمن شريكه ويرجع
به الشريك على العبد وقالا ان كان موسرا ضمن ولم يرجع وان كان معسرا
استسعى وقد مر تقريره في العتاق عبد بين رجلين حرره احدهما ثم دبره الاخر

وهو موسر فليس للمدبر ان يضمن المعتق ولكنه ان شاء اعتق وان شاء استسعى وان دبره
احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فللمدبر ان يضمن المعتق قيمة نصيبه مدبرا
وان شاء اعتق وان شاء استسعى وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله واصله ان التدبير
والاعتاق يتجزيان عنده فاذا اعتقه احدهما اولا بقي نصيب المدبر على ملكه
وجب له حق التضمين او الاعتاق او الاستسعاء لكن حق التضمين لم يجب الا بصفة
التمليك والمعاوضة فاذا دبر نصيبه فقد اختار الاستسعاء على ملكه عادة وحكما
فلم يبق له ولاية التضمين لانه لو ضمنه لصار ذلك ضمان جناية على الصبي فيصير
تغييرا للمشروع فبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لانهما لا ينافيان التدبير
وعندهما لما اعتق احدهما نصيبه اولا عتق كله لانه لا يتجزي وبطل تدبير الآخر
لانه صادف الحر ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان
معسرا لانه ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار واذا دبره احدهما اولا
اقتصر على نصيبه وبقي نصيب صاحبه على ملكه فاذا اعتق صح اعتاقه وفسد به
نصيب المدبر وبقي على ملكه وان شاء اعتق وان شاء ضمن وان شاء استسعى كالذي
لم يدبر الا انه يعتبر في التضمين والسعاية قيمته مدبرا لان الاعتاق صادف
المدبر وقيمته تعرف بالرجوع الى تقويم المقومين عند البعض وقد بينا المختار
في كتاب الاعتاق واذا ضمنه لا يملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك كما لو غصب مدبرا او ابق فانه يضمنه ولا يتملكه وهذا الاعتاق لم
يوجب الضمان الا بصفة العدوان لتقدم التدبير المانع من نقل الملك فلم يكن
في اختيار التضمين تبديل حكم شرعي فافترقا وعندهما اذا دبره احدهما
اولا صار كله مدبرا وملك نصيب صاحبه لانه لا يتجزا وبطل تحرير الآخر
لانه صادف مملوك الغير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان
تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن قيمته قنا لان التدبير صادفه وهو قن
عبد وامة بين شريكين كاتبهما احدهما كتابة واحدة بغير اذن شريكه فمات
الاب وترك مالا واكتسب الولد اكسابا بعد موته او قطعت يده فللساكت نصف ما
ترك الميت ونصف ارش الولد ونصف كسبه لانه كسب عبده لان نصيبه منهما بقي عبدا
عند ابي حنيفة رحمه الله ثم المولى المكاتب يأخذ بدل الكتابة من الثاني وعتق نصيبه
منهما ان كان موسرا وتجب السعاية ان كان معسرا وسعاية الاب تؤخذ من تركته
لانه عاجز عن السعاية ولا يرث الابن اباه لان نصفه عبد للساكت ولا يملك الساكت
نقض الكتابة بعد موت المكاتب لضرورة حصول العتق فلا يظهر في حق النقض مقصودا

باب عجز المكاتب وموته وموت المولى

مكاتب عجز عن نجم فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل الحاكم
بتعجيزه

بتعجيزه وانتظر عليه يومين او ثلاثة فان لم يكن له فطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ
الكتابة او سيده برضاه واصله ان السنة في الكتابة التاجيل والتنجيم والتيسير
فان حل نجم فلم يؤد حصته كان للمولى حق الفسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
الا ان يكون له مال حاضر او غائب يرجى قدومه فيؤخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليه
وقال ابو يوسف رحمه الله لا يفسخ ولا يرد في الرق حتى يتوالى عليه نجمان لقول
علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بالشرط والمعلق بالشرط
عدم قبل وجود الشرط وهذا امر لا يعرف قياسا فصار المروي عنه كالمروي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالي نجمين فلا
يثبت حق الفسخ قبل ثبوت دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار حالا والعجز عن البدل
الحال لا يوجب الفسخ فلا يتحقق الا بعد مضي مدة الامهال وابلاء الاعذار واحق الاجل
ما اجتمع عليه العاقدان فاذا مضى النجم الثاني تحقق العجز فوجب الفسخ ولنا ما روي
ان ابن عمر رضي الله عنهما ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده في الرق وليس في حديث علي رضي الله عنه
انه اذا كسر نجما ما حكمه فهو مسكوت عنه على ما هو مذهبنا ولان المقصود بالعقد
في جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاول وانه قد فات فوجب تخييره كما
لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال
بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف
السلامة في المبيع ولانه لما مضى نجم صار كانه كاتب على ذلك القدر حالا ولو كان
كذلك لقيل له اما ان تعجل واما ان ترد في الرق ولم يؤجل الا ان يكون له مال حاضر
او غائب يرجى قدومه ولم يزد في التاخير على ثلاثة ايام كذا هنا فاما التاخير الى
ثلثة ايام فلانه امضاء لموجب العقد ولان الاداء انما يتوجه بعد انقضاء مدة النجم ولا بد
للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر على ان يكون من باب التعجيل دون التاخير نظرا
لهما وابلاء للعذر لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار كما في قصة الاخبار وشرط الخيار
وامهال المرتد وامهال المدعى عليه للدفع اذا توجه عليه الحكم وادعى الدفع ببينة حاضرة
فانه يمهل ثلاثة ايام وامهال المديون للقضا فانه اذا اقر بدين وسال ان يمهله ثلاثة
ايام ليحضر المال او ليبيع عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا عن ادائه
ولم يحبسه به وان اخل المكاتب بنجم فرده مولاه عند غير سلطان برضاه فهو جائز
لان الكتابة تحتمل الفسخ بالتراضي بلا عذر فعند العذر اولى وان لم يرض به العبد
فلا بد من القضا بالفسخ لانه عقد لازم فلا بد من القضا او الرضى كالرد بالعيب بعد
القبض وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضاه كما اذا وجد
المشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالفسخ واذا عجز المكاتب عاد الى احكام
الرق لان الكتابة قد انفسخت وما في يده من الاكساب لسيده لانه ظهر انه كسب عبده

فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر
جزء من حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده وهو قول علي وابن
مسعود رضي الله عنهما وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقال زيد بن ثابت رضي الله
عنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول الشافعي رحمه الله
له أن العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق بالأداء وقد تعذر إثباته فيبطل وهذا
لأنه لا يخلو إما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصرا أو مستندا لا وجه
إلى الأول لعدم شرطه وهو الأداء والشيء لا يسبق شرطه ولا إلى الثاني لأن الميت
ليس بمحل لثبوت العتق لما فيه من إحداث قوة المالكية وذا لا يتصور في الميت
ولا إلى الثالث لأنه لما تعذر إثباته في الحال تعذر استناده ضرورة لأن الشيء يثبت
ثم يستند ولأن في استناده إلى حال حياته إثبات العتق قبل وجود شرطه وهو الأداء
وهذا بخلاف ما إذا مات المولى فإنه يبقى العقد بعد موته ويعتق بالأداء إلى ورثته
وصار المولى معتقا لأن الميت يجوز أن يكون معتقا ولا يجوز أن يكون معتقا ألا ترى
أنه لو قال لعبده أنت حر بعد موتي كان صحيحا ولو قال بعد موتك كان لغوا
ولنا أنه عقد معاوضة لا ينفسخ بموت أحد العاقدين وهو المولى فلا ينفسخ بموت
الآخر وهو العبد كالبيع وهذا لأن قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فإذا جاز
إبقاء العقد بعد موت المكاتب لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده وهو شرف الحرية
بل أولى لأن الذي استحق المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز نفسه عن أداء البدل لبطل
والذي استحق المولى قبل المكاتب لازم حتى لو أراد أن يبطله ليس له ذلك فإذا لم يبطل
حقه بموته فحق المكاتب وأنه ألزم أولى أن يبطل ولأن الموت أنفى للمالكية لأن المملوكية
عبارة عن المقدورية والمقهورية والمالكية عبارة عن القادرية والقاهرية ولهذا يوصف
الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت أنفى للقادرية والقاهرية
منه للمقدورية والمقهورية فإذا جاز إبقاء العقد مع أقوى المنافيين لأدنى الحاجتين
فلأن يبقى العقد مع أدنى المنافيين لأعلى الحاجتين أولى وأحرى وأما ما ذكر
من الترديد فنقول إنه يعتق بعد الموت عند البعض بأن يقدر حيا قابلا للعتق
كما قدر المولى حيا مالكا ومعتقا في فصل موت المولى ولهذا قدرنا الميت
بعد موته حيا مالكا لأمواله فيما يحتاج إلى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجمهور
على أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته لأن سبب الأداء موجود قبل الموت فيستند
الأداء إليه ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه فإن قيل الأداء فعل حسي والاستناد
إنما يكون في التصرفات الشرعية قلنا نعم ولكن فعل النائب مضاف إلى المنوب
وهذه الإضافة شرعية ألا ترى أن من رمى صيدا فمات قبل أن يصيبه ثم أصاب
صار مالكا له وورث عنه وإنه ليس بأهل للملك ولكن لما صح السبب والملك يجب

بعد تمام السبب وتمامه بالإصابة وهو ليس بأهل له ثبت الملك له من حين الإمكان
وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة
والعتق موقوف على الأداء والأداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما
يمكن إثباته من حين الموت كالملك ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته
وإما بأن تقام التركة الموجودة منه في آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين
المال وبين المولى وهو الأداء المستحق عليه وإن ترك ولدا ولد في كتابته ولم
يترك وفاء أي ما لا يفي ببدل الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه فإذا أدى حكم بعتق
أبيه قبل موته وعتق الولد لأن الولد دخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه
في الأداء وصار أداؤه كأداء أبيه وجعل كأنه مات عن وفاء ولو كاتب أمته
على أنه بالخيار ثلاثا فولدت في أيام الخيار وماتت وبقي الولد يبقى خيار وعقد
الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وله أن يجيزها وإذا أجاز سعى الولد على نجوم
أمه وإذا أدى عتقت الأم في آخر جزء من أجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان
وعند محمد رحمه الله تبطل الكتابة ولا تصح إجازة المولى وهو القياس لأن الولد
إنما يقوم مقامها إذا كان ولد المكاتبة وهو لم يصر ولد المكاتبة بعد ولهما أن في
إبقاء العقد فائدة بأن يجيز المولى ويقوم الولد مقامها فيبقى وينفذ العقد في حق الأمة
بنفاذه في حق الولد ثم يستند إلى وقت الانعقاد وإن ترك ولدا مشترى قيل له
إما أن تؤدي بدل الكتابة حالا وإلا رددت في الرق عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
يؤديه على نجومه لأنه يتكاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود في الكتابة
وهذا لأنه صار بمنزلته حتى ملك المولى إعتاقه وله أن الأجل يثبت شرطا في العقد
فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لأنه لم يضف إليه
العقد ولم يسر حكمه إليه لكونه منفصلا وقت الكتابة عنه فكان ينبغي أن يباع
بعد موته لفوات المتبوع ولكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود
في الكتابة لأنه سرى إليه حكمه لكونه متصلا به وقت الكتابة لأنه ما أدى فيدخل
في حكمه ويسعى على نجومه مكاتب اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه
لما أدى بدل الكتابة حكم بعتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته فيحكم بعتق ابنه
في ذلك الوقت لأنه تابع له فهو حر مات عن ابن حر وكذا لو كان هو وابنه
مكاتبين كتابة واحدة لأنهما صارا كشخص واحد فإذا حكم بعتق أحدهما في وقت
حكم بعتق الآخر في ذلك الوقت فظهر أنه مات عن ولد حر فيرثه
ولو مات المكاتب وترك مالا وولدا حرا وولدا كوتب معه أو ولد في كتابته
ووصيا فالوصي يؤدي بدل كتابته من ماله ويعتق في آخر حياته ويرثه أولاده
أما الولد الحر فظاهر وكذا الآخران لأنهما يعتقان من وقت عتقه كما مر

ويملك الوصي بيع العروض لانه من باب الحفظ. ولا يملك بيع العقار والدراهم والدنانير
لانه ليس من باب الحفظ. ولا يرث الولد المولود من الولد الحر ان مات الولد الحر
قبل اداء بدل الكتابة لان ذلك ليس من حقوق كتابة ابيه فلا يظهر استناد العتق
فيه. وان مات المكاتب وترك ولدا من حرة وترك وفاء بمكاتبته فجنى الولد
فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب. وان اختصم موالي الام
وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بعجز المكاتب. والفرق
ان القضاء في المسئلة الاولى يقرر حكم الكتابة لان من قضية حكم الكتابة ان يكون
الولد ملحقا بموالي الام والعقل عليهم مع احتمال ان يعتق الاب فينجر الولاء الى موالي
الاب فلم يكن القضاء بما يقرر حكم الكتابة مفسخا للكتابة. وفي المسئلة الثانية
الاختلاف وقع في الولاء مقصودا وذا يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها لان الكتابة
اذا انتقضت كما قال زيد رضي الله عنه استقر الولاء على موالي الام ومات عبدا. وان
بقيت كما قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما عتق الاب بالاداء وانتقل الولاء
الى موالي الاب واستقر عليهم. فاذا قضى القاضي بالولاء لموالي الام كان قضاء في فصل
مجتهد فينفذ قضاؤه فكان تعجيزا. وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم
عجز فهو طيب لسيده لانه تبدل الملك لان الصدقة كانت ملكا للمكاتب
ثم صارت للمولى بالاداء وتبدل الملك كتبدل العين في الشريعة. فقد روي
ان بريرة كان يتصدق عليها وهي تهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيتناول
منها ويقول هو لها صدقة ولنا هدية. وهذا بخلاف الفقير اذا اباح للغني او للهاشمي
عين ما اخذ من مال الزكوة فانه لا يحل لان الملك لم يتبدل لان المباح له يتناوله
على ملك المبيح. ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه
يطيب له. هذا اذا عجز بعد الاداء الى المولى فكذلك يطيب للمولى وان كان غنيا
اما عند محمد رحمه الله فظاهر لان المذهب عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى
اكسابه ملكا مبتدا فيتبدل الملك. واما عند ابي يوسف رحمه الله فكذلك
في الصحيح وان كان قياس مذهبه يقتضي ان لا يحل لانه لا يتبدل الملك بالعجز عنده
بل يتقرر ملك المولى ولو كان كذلك لحرمت عليه كذا هنا لانه لا خبث في نفس
الصدقة انما الخبث في فعل الاخذ لانه اذلال به. لان الصدقة تسقط الذنوب
عن المتصدق فيصير المتصدق عليه كالآلة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه
وليس للمسلم ان يذل نفسه الا عند الحاجة والضرورة. فلهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمي
وان كان محتاجا اليه لان له زيادة حرمة وشرف ليست لغيره ولا اخذ هنا من المولى
وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى والمكاتب اذا عتق واستغنى
يطيب لهم ما بقي من الصدقات في ايديهم. واذا اجر المكاتب امته ظئرا لم ينتقض

الاجارة

الاجارة بالعجز عند ابي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله تنتقض لان المولى يملك
اكسابه بالعجز ملكا مبتدا فكان العقد واقعا للمكاتب ولو بقي لبقي للمولى وهذا
لا يجوز كما اذا مات المؤجر او المستاجر. ولابي يوسف رحمه الله ان العقد ورد على
منافعها وهي مملوكة للمولى من وجه وللمكاتب من وجه. لان المكاتب رقيق
والرق ثابت في الملك وسبب ملك المولى قائم وهو ملك رقبته الا انه يثبت له نوع ملك
لحاجته الى اداء الكتابة فبالعجز يتقرر ملك المولى فلا يبطل العقد كما لو تقرر
للمكاتب بالعتق. عبد جنى وكاتبه سيده وهو لا يعلم بالجناية فعجز فقال
له اما ان تدفعه او تفديه لانه كاتبه وهو لا يعلم لزمته قيمته لان اختيار
للفداء لم يثبت وقد امتنع الدفع بفعله فلزمه قيمته كما لو باعه. فاذا زال
المانع قبل انتقال الحق الى القيمة فوجب الدفع او الفداء. وكذا ان جنى المكاتب
ولم يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع. فان قضى به عليه في كتابته ثم عجز
كان ذلك في قيمته دينا عليه يباع فيه لان الحق قد انتقل من رقبته الى قيمته بالقضاء
وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد. وقول ابي يوسف رحمه الله الاخر. وفي
قوله الاول وهو قول زفر رحمه الله اذا عجز قبل القضاء يباع ايضا. وحاصله ان جناية
المكاتب عندنا لا تصير مالا الا بالقضاء او بالرضا او بالموت عن وفاء. وعند زفر رحمه الله
يصير مالا في الحال. له ان المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فوجب
ان تصير موجبة للقيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد. ولنا ان الاصل في جنايات
العبيد وجوب الدفع الا ان يتعذر بالتسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك
والمانع هنا قابل للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب
الاصلي الا بالقضاء او بالرضا كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض لا ينفسخ البيع الا بالقضاء
لتردده واحتمال عوده. بخلاف التدبير والاستيلاد لان المانع ثابت متقرر لا يحتمل
الزوال فوجبت القيمة بلا توقف. وان صالح المكاتب عن دم عمد اقر به ولم يؤد بدل
الصلح حتى عجز ورد في الرق فالصلح في حق المولى فاسد ولا يؤخذ به الا بعد العتق عند ابي
حنيفة رحمه الله لان الصلح عن دم العمد ليس من التجارة ولا من الكسب لانه بدل المال
لا عين المال فلا ينفذ على المولى الا انه يطالب به في حال الكتابة لانه لا ينافي حق المولى
لانه يجب في ذمته ويؤديه من كسبه والان صار حق المولى فلم يصح. وعندهما يؤخذ
به في الحال لانه دين وجب عليه واستقر وجوبه لانه صالح وله ولاية الصلح فلا يبطل
بالعجز كديون التجارة والاستهلاك. وان اقر مكاتب بانه افتض باصبعه حرة او امة
او صبية فعند ابي حنيفة رحمه الله هذا اقرار بالجناية يؤخذ به ما دام مكاتبا. واذا
عجز لم يؤخذ كما مر انفا. وقال محمد رحمه الله هذا اقرار بالجناية الا انه ان كان
قضي عليه لم يسقط بالعجز لتقرره وان لم يقض به عليه لم يؤخذ به بعد العجز لعدم تقرره

وقال أبو يوسف رحمه الله هو إقرار بالمال فيلزمه في الحال وبعد العجز لكونه
إقرارا بالمال. ابن مرتد مسلم وله عبد فكاتبه ابنه فقتل المرتد بطل عقد الكتابة. وعند
محمد رحمه الله جازت الكتابة لأن ابنه المسلم يرث ماله وقت ردته فظهر أنه كاتب
عبد نفسه. ولنا أنه كان على ملك الأب حين كاتب الابن فلا ينفذ تملكه بعده.
مكاتب ارتد ولحق بدار الحرب يوقف أمره فإن مات أدى بدل الكتابة من ماله وقسم
ما بقي بين ورثته وإن عاد مسلما يسلم ماله إليه. وعند محمد رحمه الله لحاقه كموته فيؤدي
كتابته من كسبه ويحكم بعتقه كالحي والحر. وإن مات سيد المكاتب لم تنفسخ الكتابة
لئلا يؤدي إلى إبطال حق الكتابة. وهذا لأن الكتابة سبب العتق وسبب حق المرء
حقه فلا يبطل بموته كالتدبير والاستيلاد. وقيل له أد المال إلى ورثة المولى على نجومه
لأن استحقاق الحرية له بهذا الطريق والسبب انعقد على هذا الوجه فيبقى بهذه الصفة
ويكون الورثة بالحقوق المورث في الاستيفاء. فإن حرروه عتق ويسقط مال الكتابة
وإن أعتقه أحد الورثة لا ينفذ عتقه. وقال الشافعي رحمه الله عتقه صحيح. لأن
المكاتب يورث لأنه مملوك والمملوك يورث وصار كإعتاق الكل. ولنا أنه أضاف
التصرف إلى ما لا يملكه فيلغو كأحد الشريكين إذا أعتق نصيب شريكه فإنه يلغو
وهذا لأن المكاتب لا يورث لأنه سبب الملك ولا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا
بأسباب الوراثة. والقياس في إعتاق الكل أن لا ينفذ عتقهم ولا يسقط حقهم في بدل
الكتابة لإضافتهم التصرف إلى ما ليس بملكهم. وإنما حكمنا بعتقه استحسانا. لأن
إعتاق كلهم مسقط لبدل الكتابة عنه فيمكن أن تجعل إعتاقه إسقاطا منهم لبدل
الكتابة إذ هو بدل حقهم وقد جرى فيه الإرث صونا للكلام عن الإلغاء وبراءته عن
بدل الكتابة سبب لعتقه كما لو أبرأه المولى. وكما لو قالوا صريحا أبرأناك عن بدل الكتابة
بخلاف ما إذا أعتق بعضهم. لأن إعتاق البعض لا يسقط عنه شيئا من بدل الكتابة.
ألا ترى أنه إذا عتق بعضه بالتدبير بموت المولى لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة والبعض
إبراء عن نصيبه. لأنا نجعلها إبراء اقتضاء تصحيحا لإعتاقهم والعتق لا يثبت بإبراء
البعض أو أداء البعض لا في بعضه ولا في كله. فلا يثبت الإبراء لأنه إذا لم يثبت
المقتضى لا يثبت المقتضي. ولا يجاب أن يثبت الإبراء عن الكل لأن الكل حق الكل.
أمة بين مكاتبين ولدت فادعياه ثبت نسبه منهما. لأن لكل واحد منهما ملكا من وجه
ويكاتب الولد تبعا لهما. وصارت الأم كأم ولد لهما حتى لا يصح بيعها. فإن أديا
بدل الكتابة معا أو متعاقبا عتقوا دونها. وإن أدى أحدهما دون الآخر عتق هو وعتق
حظه من الولد ولا ضمان على المؤدي. لأن عتق الولد ثبت حكما لعتقه لا بفعله. ولا
سعاية على الولد لشريكه لأن الأب يسعى لحرية ولده فكيف يستسعى الولد له وصار
نصف الأم كأم ولد الحر والنصف الآخر على حاله. وإن عجز شريكه تكامل المانع من

تكامل الاستيلاد فصار كلها أم ولد للمعتق ويضمن نصف قيمتها للمولى العاجز موسرا كان
أو معسرا لأنه ضمان تملك. ويسعى الولد في نصف قيمته للمولى العاجز. لأن المانع من السعاية
أن سعايته تكون لأبيه وقد زال. وولاء الولد بين المولين لحصول العتق منهما وهذا
كله مذهب أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما إذا أدى أحدهما عتق وعتق كل الولد
منه والولاء كله لمولاه والأمة كلها أم ولد له ويضمن نصف قيمتها موسرا كان
أو معسرا ولا ضمان عليه في الولد ولا سعاية. فإن عجز أحدهما قبل الآخر فحظه
من ولده سعى فإن التجزي في الكتابة عنده. وهي كأم ولد الذي لم يعجز لزوال المانع
من التكامل ويضمن نصف قيمتها للمولى العاجز لتملكه نصيبه منها. فإن قضى عليه
بنصف قيمتها تقرر كونها أم ولد له. حتى لو عجز بعده كان كلها ملكا لسيده
وإن لم يقض عليه حتى عجز كانت أمة بين المولين وإن لم يعجز ولم يؤد واحد
منهما حتى مات أحدهما والآخر مكاتب وترك وفاء أديت كتابته من ماله ويعتق في
آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق نصف الولد معه ويبقى الآخر مكاتبا تبعا للأب الحي
عند أبي حنيفة رحمه الله. ولا يرث الولد أباه الميت وإن أعتق بعد ذلك النصف
الآخر بأن أدى المكاتب الحي بدل الكتابة لأنه حين مات الأول كان الولد معتق البعض
ومعتق البعض لا يرث. فإن عجز المكاتب عاد قنا وسعى الولد في نصف قيمته
لمولاه الحي. وتسعى الأمة في نصف قيمتها للمولى العاجز. لأن هذا النصف صار قنا
لعجز الحي فيكون متقوما. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما يعتق كل
الولد بلا ضمان ولا سعاية إلا إذا عجز الحي فحينئذ يسعى الولد في نصف قيمته لمولاه
ولا يرث أباه الميت. لأن عتق المكاتب يثبت بطريق الاستناد فإنما يظهر في حق المولى
الولد في النصف الذي يعتق تبعا لأبيه لا في حق النصف الذي يعتق حكما لعدم التجزي
فصار في حق ذلك النصف كأنه عتق عند الأداء. وإن اكتسب الولد مالا أو قطع يده
يجب أرشه قنا أو نصف الكسب والأرش للولد والنصف للمكاتب الحي. وإن قطعت يد
الأم أو اكتسبت فإن كان بعد الأداء يجب أرش الأمة عند أبي حنيفة رحمه الله لأنها معتقة
البعض ويكون نصف الأرش ونصف الكسب لها. لأنها بمنزلة المكاتب والنصف الآخر
للمكاتب الحي. وإن كان قبل الأداء يجب أرش الأمة ويكون مشتركا بين المكاتب
الحي والميت لأنها مشتركة فكذا أرشها وكسبها. مكاتبان كوتبا معا كتابة واحدة
ولهما أمة فولدت فادعياه معا ثم ماتا عن وفاء معا أو مرتبا فأديت كتابتهما ورثتهما
لأنه عتق كله قبل موتهما. لأن استناد عتق كل نصف ظهر في حق الآخر لاتحاد العقد
فصار كمكاتب واحد وإن كانت كتابتهما متفرقة وأديت معا لا يرث واحدا
منهما. لأن عتق كل نصف في حق الآخر كأنه عتق حال الأداء. مجهول النسب كاتب
عبده فاشترى المكاتب مجهولة أمة وكاتبها فأقر المجهول بالرق على نفسه لمكاتبه

مكاتبه فصدقه فقد صح اقراره لانتفاء التهمة ان هذا الاقرار بعين وصار هو مع مكاتبه
ملكا للمكاتب لانه اذا اقر انه ملك المكاتبه فقد اقر بان ملكه ملك المكاتبة
وبقيت كتابتهما حتى بقي تعليق عتق كل واحد منهما بالاداء الى صاحبه لان اقرار المجهول
لا يتعدى الى ابطال حق غيره فان اديا معا او حل النجمان معا وقعت المقاصة
عتقا ولا ولاء لاحدهما على الاخر لان الولاء انما يثبت بالعتق وكل واحد منهما
ليس اهلا للولاء حال يعتق صاحبه لمكان الرق وان تقدم احدهما فله ولاء الاخر
ولا ولاء عليه وان عجزا معا عتقت وملكتهما وان سبق عجز احدهما عتق الاخر
وملكهما رجلان في يدهما عبد اقر كل واحد انه للاخر معا بطلا ولو مرتبا
فهي للاول وكذا المجهول ان اقر كل واحد منهما بالرق للاخر ان خرج كلامهما معا
بطلا لان كل واحد منهما رد اقرار صاحبه فبطل الاقراران وان خرجا متعاقبا
صار احدهما عبدا للاول منهما لان اقرار اخرهما يكون ردا للاول منهما فبطل اقرار الاول منهما
وثبت اقرار الثاني فصار عبدا للاول ولو اقر مجهول النسب بالرق لعبد زيد واقر
زيد بالرق للمقر معا والعبد يدعي الحرية عتق العبد وصار الحران مملوكين للعبد
وحكي ان عيسى بن ابان رحمه الله دخل على داود الاصبهاني وكان يطعن على اصحابنا   نكته
رحمهم الله بين تلامذته ويقول انهم متناقضون في كلامهم فساله عيسى رحمه الله
عن هذه المسئلة فتحير داود وولدت امة مكاتبة وقد حبلت في ملكه فادعى
نسب الولد وصدقه المكاتب يثبت النسب كما اذا ادعى ولد الامة الاجنبي وصدقه
الاجنبي وعن ابي يوسف انه يصح بغير تصديق المكاتب في ذلك اعتبارا بالاب وانما الفرق لان حق المولى
في اكساب المكاتب من حق الاب في مال الابن ولهذا لو تزوج بامة مكاتبه لا يصح
ولو تزوج ابنه يصح ثم حق الاب في مال الابن يكفي لصحة الاستيلاد فحق المولى اولى
وجه ظاهر الرواية وهو الفرق ان للوالد حق تملك مال الابن عند الحاجة وقد مست
الحاجة الى صيانة مائه فيصير متملكا مستولدا املك نفسه اما المولى فمحجور عن
التصرف في اكساب مكاتبه والتملك ولهذا الوالد ان ياخذ شيئا من اكساب
مكاتبه لحاجة الاكل واللبس لا يملك ذلك فلا يصح دعوته الا بتصديق المكاتب
وعليه عقرها لان له حق ملك في اكساب المكاتب فلا حاجة الى تملك الجارية
فلا يتملكها وقيمة ولده لانه في معنى المغرور لقيام سبب الملك وهو ملك رقبة
المكاتب فكانت الامة كسب كسبه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب فيه ولم تصر الامة
ام ولده لانه لم يتملكها فلم تصر ام ولده كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب
في النسب لم يثبت لما مر انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما يثبت نسبه
منه لقيام الموجب وزوال المانع وهو حق المكاتب ولا يجوز للمولى ان يتزوجها
وان اشترى المكاتب زوجة سيده بقي نكاحهما لان الحق يمنع الابتداء لا البقاء

فان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ ملكها المكاتب لم يكن المولى مغرورا فلا يعتق
بحكم الغرور فلا يجب العقر لانه اقر بالوطي في ملك الاجنبي وكذا المكاتب
اذا اشترى عبدا فادعى المولى نسبه وصدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لما
قلنا ولدت مكاتبة المكاتب وادعاه سيد المكاتب وحملها بعد كتابتها
ان صدقته ثبت نسبه وتحمل على انها ولدت منه بحكم النكاح الفاسد ولا يعتق
الولد قبل عجزها وعتق بعد العجز بقيمته يوم عجزها صدقه المكاتب او كذب
ان تقدم تصديقها لتعذر ايجاب القيمة قبل العجز فيعتبر قيمته يوم العجز
فان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ كوتبت فادعاه مولى المكاتب وصدقته
عتق بقيمته منذ ولدت وعقرها للمكاتب لان الوطي حصل في ملكه فان
كذبته لا يثبت وان صدقه المكاتب لان الحق لها لا للمكاتب الا اذا كبر
الولد وصدقه او عجزت المكاتبة وهو مصدق مكاتب كاتب امته فادى فعتق
فولدت ولدا لاقل من ستة اشهر منذ كاتبها فادعاه مولاه وصدقه ثبت نسبه
وعتق بقيمته يوم الولادة لان العلوق حصل حال كونها امة للمكاتب ولا يعتبر
تصديقها بخلاف ما لو كان العلوق حال الكتابة وان ولدت لاكثر
من ستة اشهر لا يعتق الولد لعدم الغرور بزعمه الا اذا عجزت فحينئذ يصير
الولد حرا بالقيمة وان ولدت لاكثر من ستة اشهر منذ كوتبت ولاقل منها
منذ عتق فالجواب فيه كالجواب فيما اذا ولدت قبل عتقه لان العلوق
متى حصل في حال الكتابة لم يكن للعتق اثر بعده اذ المعتبر زمان العلوق فان
ولدت لستة اشهر فصاعدا منذ عتق فزعم السيد انه ولد بوطي بعد العتق
لم يثبت نسبه ان صدق وكان زانيا لعدم حق الملك وتاويله فكان كالاجنبي
وان تاول انه نكحها بعد عتق المكاتب ان صدقه المكاتب ثبت النسب ولا يعتق
الولد لوجود شبهة النكاح ويكاتب الولد تبعا لامه فان عجزت فهما رقيقان
وان كذبته المكاتبة لا يثبت النسب الا اذا عجزت وهو مصدق ولا يعتق الولد
الولد لانتفاء معنى الغرور وان زعم انه ولد بوطي كان قبل العتق ان صدقاه
ثبت نسب الولد لاتفاقهم عليه ولا يعتق الولد لانه وان علق في حال قيام الكتابة
لم يثبت الغرور فلم تثبت الحرية وان عجز اخذ المولى الولد حرا بالقيمة لانه صار
ولد امة المكاتب وان ادت عتقت مع ولدها لانه يكاتب تبعا لامه وكذا ان
صدقت وكذب المكاتب الحر يثبت النسب لان الحق لها وللولد يبقى وان عجزت
لانه استحق ولدها بالعجز فهي بتصديقها ان الولد علق قبل العتق تريد ابطال حق
المولى فلا تصدق وان صدقه المكاتب الحر ان الوطي من المولى كان قبل العتق وكذبته
المكاتبة لا يثبت النسب وبعد عجزها يثبت ويعتق بقيمته يوم عجزها لان المكاتب

وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لموالي الأم لا ينتقل عنه أبدا. لأنه
عتق على معتق الأم مقصودا إذ هو أضاف الإعتاق إلى جميع أجزائها والولد جزؤها فيعتق
مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه لظاهر ما روينا. وهذا إن ولدت لأقل من ستة
أشهر من حين أعتقت لأنا تيقنا أنه كان موجودا في البطن حين أعتقت. وكذا
إن ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر لأن التوأمين خلقا من ماء واحد
فمن ضرورة التيقن بوجود أحدهما حين أعتقت التيقن بوجود الآخر. وهذا
بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لموالي
الأب لأن الحمل لا يقبل هذا الولاء قصدا لأن تمامه بالإيجاب والقبول والجنين
ليس من أهله. وهذا الجنين بصدد أن يعتق قصدا بأن يقول أعتقت حمل هذه
الأمة فكذا إذا أعتقها وهو متصل بها. فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة
أشهر ولدا فولاؤه لموالي الأم لأنه عتق تبعا للأم لاتصاله بها فيتبعها في الولاء. فإن
أعتق الأب جر ولاء ابنه إلى مواليه وانتقل عن موالي الأم. والأصل أن العتق متى
ثبت قصدا لا ينتقل الولاء فيما تقدم ومتى ثبت بطريق التبعية ينتقل ثم ههنا العتق
ثبت في الولد تبعا للأم لأنا لم نتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا فإذا
تبعها في العتق تبعها في الولاء أيضا لعدم أهلية الأب فإذا صار الأب أهلا بالإعتاق
عاد الولاء إليه. وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة
النسب لا يباع ولا يورث ولا يوهب. ثم الولد ينسب إلى أبيه فكذا في الولاء يكون
منسوبا إلى من ينسب إليه أبوه والأب بعد العتق ينسب بالولاء إلى معتقه. وكذا
ولده. ألا ترى أن ولد الملاعنة ينسب إلى قوم أمه للضرورة. فإذا ظهر له نسب من جانب
الأب بأن أكذب الملاعن نفسه صار الولد منسوبا إليه فكذا في الولاء. فإن
قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينفسخ
بعد ثبوته. قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء أولى منه فقدم عليه كما نقول
في الأخ إنه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم
عليه. وهذا بخلاف ما إذا عتقت المعتدة فولدت لأقل من سنتين من وقت
الموت أو الطلاق حيث يكون الولد لمولى الأم. وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق
إلى ما بعد الموت لاستحالة العلوق من الميت وإلى ما بعد الطلاق. أما إذا كان بائنا
فلحرمة الوطي بعده. وأما إذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك. وهذا لأنه
لو حمل وطيه في العدة يصير مراجعا. ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا
فلا يصير مراجعا بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند إعتاق
الأم فيعتق مقصودا فلا ينتقل. وما وقع في نسخ الهداية فجاءت بالولد لأكثر
من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي لأقل من سنتين

كما ذكرت

كما ذكرت وعليه يدل التعليل المذكور فيها والظاهر أنه وقع من الكاتب. وفي الجامع
الصغير معتقة تزوجت بعبد فولدت منه أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالي
الأم لعتقهم تبعا لأمهم ولا عاقلة للأب ولا موالي فألحق ولاء فهم بموالي الأم ضرورة
كنسب ولد الملاعنة فيكون عقله عليهم. فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه
لأنه صار له ولاء فزال المانع فجر الولاء كما بينا. ولا يرجعون على عاقلة الأب
بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه
حيث يرجعون على عاقلة الأب. والفرق أن النسب إنما يثبت من وقت العلوق
لا من وقت الإكذاب فإنه لا يتصور أن لا يكون عند العلوق ولدا لإنسان
ثم يصير ولدا له بعده. فتبين أن النسب كان ثابتا من الأب حين جنى. وأن
موجب جنايته كان على عاقلته وقد أجبر على عاقلة الأم على الأداء فيرجعون عليهم
بذلك. فأما ههنا فوقت جنايتهم عاقلتهم على موالي الأم. وإنما يثبت الولاء لقوم الأب
مقصورا على زمان عتق الأب لأن سببه وهو عتق الأب مقصور غير مستند
إلى وقت سابق فكذا حكمه. فلم يتبين أن قوم الأم قضوا دينا على موالي الأب
ولهذا لا ترجع عاقلة الأم على موالي الأب بشيء. حر عجمي نكح معتقة ولم يعتقه أحد
فولدت فولاء ولدها لمواليها. وكذا إن كان الأب والى رجلا. وهذا قول
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف رحمه الله في الفصلين لا يكون الولد
مولى لموالي أمه ولكنه منسوب إلى قوم أبيه لأنه كالنسب والنسب إلى الآباء
وإن كان جانب الأم أشرف بأن كانت عربية والأب عجميا. ألا ترى أنه لو كان
الأب حرا عربيا كان الولد منسوبا إلى قوم أبيه ولا يكون مولى لموالي أمه
فكذا إذا كان عجميا. وولاء الموالاة وإن كان أضعف من ولاء العتاقة فهو من جانب
الأب وجانبه أقوى من جانبها. بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأن الرقيق هالك حكما
فصار كأنه لا أب له فيكون منسوبا إلى موالي الأم ضرورة. ولهما أن ولاء العتاقة
قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف
لأن العجم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب لأن تفاخرهم
ليس بالنسب ولكن تفاخرهم قبل الإسلام بعمارة الدنيا وبعد الإسلام بالإسلام
كما أشار إليه سلمان رضي الله عنه. وكذا ولاء الموالاة أضعف ولهذا يقبل
الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله. والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي بخلاف ما إذا
كان الأب عربيا لأن نسب العرب قوي معتبر في حكم الكفاءة والعقل لأن تناصرهم
به. ولو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا فرجحنا جانب
الأب بالأبوة لأنه نسبه بالنسب أو لأن النصرة لقوم الأب أكثر. والمعتق آخر العصبات
مقدم على ذوي الأرحام فكان أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام لذلك

الرجل الذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين
ومولاك فان شكرك اي بالمجازاة على ما صنعت اليه فهو خير له لانه انتدب الى ما اندبت
اليه في الشرع قال عليه السلام من اسديت اليه نعمة فليشكرها فهو شر لك لانه يصل
اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك في الاخرة وان كفرك فهو خير
لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك في الاخرة وشر له لان كفران النعمة مذموم
قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله وان مات ولم يترك وارثا كنت
انت عصبته وورثت ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة مع قيام بنت المعتق
لان الباقي بعد نصيب صاحب الفرض للعصبة فتبين بهذا ان المعتق عصبة
والعصبة مقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رضي الله عنه وان كان
للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المراد بقوله عليه السلام ولم يترك وارثا وارث
عصبة بدليل حديث توريث حمزة رضي الله عنهما فكان اخو العصبات مقدما على
ذوي الارحام وان لم يكن له عصبة من النسب فان كان هنالك صاحب فرض فله
الباقي بعد فرضه وان لم يكن صاحب فرض فميراثه للمعتق وهذا لانه عصبة
وهو من ياخذ ما ابقته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع المال ولا يرث
ابوه وابن ابنه مع ابنه اي لو ترك المولى ابا وابنا فميراث المعتق لابن المعتق خاصة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله الاول وعنه
اخرا للاب سدس الولاء والباقي للابن لان الاب عصبة الا انه مع الابن صاحب فرض
فيجعل ميراث المعتق بينهما كميراث المعتق لو مات للاب السدس والباقي للابن
ولهما ان اقرب عصبة المعتق يقوم مقام المعتق بعد موته في ميراث المعتق والابن
اقرب عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقرب
عصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها اي لو اعتقت امراة عبدا
ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث للابن
لانه اقرب عصبتها وان جنى جناية فعقله على عاقلة الاخ لان جناية معتقها
كجنايتها وجنايتها على قوم ابيها فكذا جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها
ولو ترك المولى ابنا وبني ابن اخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن وصورته
رجل اعتق عبدا ثم مات وترك ابنين ثم مات احد الابنين وترك ابنا ثم مات
المعتق فميراثه لابن المعتق لصلبه دون ابن ابنه لان ابن المعتق لصلبه اقرب
الى المعتق من ابن ابنه والاصل فيه ما روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابي
وزيد واسامة رضي الله عنهم انهم قالوا الولاء للكبر اي لاولاد المعتق والمراد
قربهم منه نسبا لا اكبرهم سنا وميراث المعتق لبني المولى دون بناته وليس للنساء
من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن وقد

روى

روي مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا اللفظ وفي اخره او جر ولاء معتقهن
وقد بيناه صورة الجر ولان سبب النسبة الولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد تحقق
ذلك منها كما يتحقق من الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش وصاحب الفراش
الرجل لا المراة لانها مملوكة فلا تكون صاحبة الفراش ولانها اصل في هذا الولاء
لمباشرتها سببه وكما ان المراة في ملك المال تساوي الرجل فكذا فيما يترتب
عليه بخلاف النسب فان سببه وهو الفراش يثبت بالنكاح في الاصل والمراة لا تساوي
الرجل في ملك النكاح لانها بصفة الانوثية مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة نكاحا
واذا ثبت انها اصل في هذا الولاء كان ميراث معتقها لها وكذا ميراث المعتق
مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث لما روينا
فكان استحقاق الارث بالولاء لمن هو منسوب اليه حقيقة ثم يخلفه فيه اقرب عصبته
كما يخلفه في ماله وهذا لان السبب هو النصرة كما بينا والنصرة لا تحصل
بالنساء وانما تحصل بالعصبات الا ترى ان النساء لا يدخلن في العاقلة عند
تحمل ارش الجناية فكذا هنا

فصل في ولاء الموالاة

اسلم رجل على يد رجل
ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه صح الولاء وعقله على مولاه
فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله الموالاة ليست
بسبب للارث اصلا لان الارث متعلق بالقرابة او الزوجية بالنص او العتق بالحديث
ولم يوجد واحد منهما ولانه لولا الولاء لكان ارثه لبيت المال فكان هذا تصرفا قصد
به تغيير وضع الشرع فلا يصح ولهذا لا يصح على الورثة فكذا على بيت المال لانه بمنزلة
الورثة عند عدمهم ولهذا لا تصح الوصية بكل المال عنده وان لم يكن للموصي وارث
لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عاقدت ايمانكم فاتوهم
نصيبهم اي نصيبهم من الميراث والمراد به الموالاة وليس المراد بقوله عاقدت ايمانكم
القسم بل المراد الصفقة اذ المعتاد ان المتعاقدين ياخذ كل واحد منهما بيمين صاحبه
اذا عاقده وقد سال تميم الداري رضي الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل
اسلم على يدي رجل ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته اي يعقل عنه حالة الحياة
ويرثه بعد الممات وعن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا
بالتوريث بولاء الموالاة ولم يرد عن غيرهم خلافه ولانه متى استغنى عن ماله فله صرفه
الى اقرب الناس اليه باختياره والصرف الى بيت المال لا لانه مستحق بل الصرف لعدم المستحق
وله مستحق هنا وهو اخر ذوي الارحام حتى لو كان له وارث فهو اولى منه وان كانت
عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يملك ابطال حق المستحق
من ماله بعقده وذو الرحم وارث مستحق فلا يملك ابطال حقه بعقده وانما يصح ولاء
الموالاة بشرايط منها ان يشترط الميراث والعقل لان عقد الموالاة يقع على ذلك فلا بد

من ذكرنا. ولو شرطا الارث من الجانبين كان كذلك ويتوارثان من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يثبت الارث للاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى لان سببه الاحياء وذا وجد من الاعلى في حق الاسفل ولم يوجد من الاسفل في حق الاعلى. وهنا السبب هو العقد والشرط فعلى الوجه الذي وجد الشرط يثبت الحكم. ومنها ان لا يكون المولى من العرب لان العربي له نصرة بنفسه الى قبيلته وذا اكد من نصرة الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ. والاسلام على يده ليس بشرط وكذا كونه مجهول النسب عند البعض وذكر الشيخ الامام نجم الدين رحمه الله في تفسير سورة النساء ان كونه مجهول النسب شرط لصحة عقد الموالاة. وللمولى ان يتحول عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه. لان العقد غير لازم كالوصية يلحقها الفسخ فلكل هذا ولكن انما يلحقها بنقض العقد بحضرته لان العقد تم بهما فلا ينفسخ احدهما الا بمحضر من صاحبه كالشركة والمضاربة والوكالة. وكذا للاعلى ان يتبرأ من ولاء الاسفل اذا كان بمحضر منه لان العقد غير لازم من الجانبين فلكل واحد منهما ان ينفرد بفسخه بغير رضا صاحبه بعد ان يكون بمحضر منه كما في عزل الوكيل قصدا. وان والى الاسفل رجلا آخر كان ذلك نقضا للعقد مع الاول وان لم يكن بمحضر منه لان انتقاض العقد في حق الاول هنا ثبت حكما لصحة العقد مع الثاني فصار كالعزل الحكمي في الوكالة بان اعتق العبد الذي وكله ببيعه. فان قيل فلماذا تجعل صحة العقد مع الثاني موجبا فسخ العقد الاول. قلنا لان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذا الولاء. فعرفنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول. فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تأكد لتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به. ولان ولاية التحول قبل ان يعقل عنه باعتبار انه عقد تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار كالعوض في الهبة. وكذا لا يتحول ولده بعد تحمل الجناية من ابيه. وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لان الاب مع ولده كشخص واحد في حكم الولاء. وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا. لانه ان ابطل ولاء العتاقة بعقد الولاء فهو باطل لانه لازم لا يحتمل النقض. لان سببه العتق وهو لا يحتمل النقض بعد ثبوته. وان لم يبطل فلا يفيد. لان ولاء الموالاة ادنى فلا يظهر مع الاقوى. الا ترى ان ولاء العتاقة وولاء الموالاة لو كانا في شخصين يقدم ولاء العتاقة في الارث فدل على انه لا حكم له مع وجود ولاء العتاقة. وان والت امرأة رجلا فولدت ولدا لا يعرف له اب يدخل الولد في ولائها. وكذا ان اقرت انها مولاة فلان وفي يدها طفل لا يعرف ابوه يصح اقرارها عليها وعلى ولدها فيصيران من موالي فلان وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله. وقالا لا يثبت ولاء ولدها من مولاها في الصورتين

لان الام

لان الام لا ولاية لها في ماله فهي بنفسها اولى. وله ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الطفل الذي لم يعرف له اب فتملكه الام كقبول الهبة. رجل اقر انه معتق رجل فكذبه المقر له في الولاء اصلا او قال لا بل واليت غيري فاقر المقر لغيره لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما. لهما ان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كان لم يكن فله ان يتحول الى غيره. وله انه اقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له لمن شهد على رجل بنسب فردت شهادته يعني ثم ادعى الشاهد انه ابنه لم يصح كذا هذا.

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده. والكره بالفتح اسم منه. وفي الشرع لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره وان كان ملجئا او لا لا يفسد ولا تزول به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يحقق الخطاب الا ترى انه متردد بين فرض وحظر ورخصة واباحة ويأثم مرة ويؤجر اخرى وهو آية الخطاب. وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان او لصا. والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله من ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لان القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان. فقد قالوا هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان. لان في زمان ابي حنيفة رحمه الله لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الاكراه فاجاب بناء على ما شاهد في زمانه وفي زمانهما ظهر الفساد وصار الامر الى كل متغلب فيتحقق الاكراه من الكل. وخوف المكره وقوع ما هدد به وذا بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل. وحكمه وهو الرخصة او الاباحة او غيرهما على ما سيأتي مفصلا ان شا الله تعالى يثبت عند وجود شرطه. والاصل ان تصرفات المكره كلها قولا منعقدة عندنا. الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد والنذر فهو لازم. فاذا عرفنا هذا فنقول اذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر دارا بقتل او ضرب شديد او حبس مديد ففعل فهو بالخيار ان شا امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع. لان الاكراه الملجئ يعدم الرضى والرضى شرط صحة هذه العقود. قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم فيفسد عند فوات الرضى. بخلاف ما اذا اكره بحبس يوم او قيد يوم او ضرب سوط لانه لا يصير مكرها بهذا القدر من الضرب والحبس والقيد لانه لا يبالي به في العادة. الا اذا كان الرجل ذا جاه يعلم انه يستضر به لفوات الرضى. وكذا الاقرار خبر محتمل بين الصدق والكذب. وانما صار حجة باعتبار رجحان جانب الصدق على جانب الكذب. والاكراه دليل على انه كاذب فيما يقر به قاصدا الى دفع الشر عن نفسه. قال في المبسوط والحد في الخبر الذي هو اكراه ما يجيء لاغتمام البين به.

وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد
عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأي لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى
الحاكم اذا رفع ذلك اليه فما رأى انه اكراه ابطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف
احوال الناس ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك للمشتري لان بيع المكره
فاسد والمشتري بالقبض بحكم البيع الفاسد يصير مالكا عندنا وعند زفر رحمه الله
لا يثبت الملك لان نفاذ البيع موقوف على الاجازة حتى لو اجازه جاز وفي البيع الفاسد
لا يرتفع الفساد بالاجازة فلا يثبت الملك قبل الاجازة وان اتصل القبض به كما
لو باع بشرط الخيار وسلم الى المشتري فانه لا يملكه بالقبض ولنا ان ركن البيع
وهو الايجاب والقبول صدر من اهله لكونه مكلفا في محل قابل له اذ الكلام فيه
والفساد لعدم شرطه وهو التراضي اذ تأثير فوات شرط الجواز في افساد العقد
كما في الربو فان المساواة في الاموال الربوية شرط لجواز العقد فاذا عدمت المساواة
يفسد العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض فهذا مثله فلو قبضه واعتقه او دبره
او كاتب امة فاستولدها نفذ ذلك كله عندنا وتلزمه القيمة كما في ساير
البيوع الفاسدة بخلاف البيع بشرط الخيار لان شرط الخيار يمنع ابتداء الحكم
فلا يمكن القول باثبات الملك وهنا العقد وقع مطلقا وقضيته مطلق العقد
ان يثبت الملك الا انه لما كان فاسدا توقف على القبض وقوله انه ينفذ
بالاجازة قلنا النفاذ باعتبار سقوط المفسد وهو عدم الرضى بسبب الاكراه
فاذا ارتفع بوجود الرضى نفذ العقد الا ترى انه لو اجاز بيعا باشره غيره ينفذ
باجازته فاذا اجاز بيعا باشره بنفسه اولى الا انه لا ينقطع به حق استرداد البايع
وان تداولته الايدي ولم يرض البايع بذلك بخلاف ساير البيوع الفاسدة فانه اذا
اشترى شراء فاسدا باجل او خيار مجهول وباع من اخر لم يكن للبايع الاول حق النقض
لان وجوب النقض ثم لحق الشرع فاذا اشتراه غيره تعلق به حق المشتري فقد اجتمع
به حقان حق الشرع وحق العبد فنقدم حق العبد لحاجته وغنى الشرع فاما ههنا
فالرد لحق العبد وقد استويا فيه فلا يبطل حق الاول بحق الثاني ولان البيع الثاني ثم
حصل بتسليط البايع الاول وهنا ما حصل بتسليط المكره ومن جعل البيع
الجايز المعتاد يسمى تندوقا جيتها اي بيع الوفا وهو ان يقول البايع للمشتري
بعت منك هذا بما لك من الدين علي اني متى قضيت الدين فهو لي من مشايخ بخارى
رحمهم الله من يجعله فاسدا باعتبار شرط الفسخ في البيع يجعله كبيع المكره فيملكه
اذا اتصل به قبض المشتري وينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد باعتبار فوت
الرضى كبيع المكره ومن جعله رهنا كالشيخ الاسلام عطا ابن حمزة وغيره رحمهم الله
باعتبار ان غرض المتعاقدين الرهن والاستيثاق بالدين ولهذا يقول البايع لكل

من

من يلقاه قد رهنت ملكي عند فلان والمشتري يقول قد ارتهنت ملك فلان والعبرة
في العقود للمعاني لا للالفاظ والثاني بدليل الكفالة بشرط البراءة والحوالة بشرط المطالبة
تقول انه لا يملكه ولا يباح له الانتفاع به الا باذن المالك وهو ضامن لما اكل من ثمره
واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده وفيه وفاء بالدين ومن جعله
باطلا يعتبره بالهازل ثم اذا تواضعا على الهزل باصله ثم اتفقا على البنا فان البيع منعقد
لان الهازل مختار راض بمباشرة السبب لكنه غير راض بحكمه فكان كخيار الشرط
مؤبدا والعقد فاسد غير موجب للملك كخيار المتبايعين ابدا ومشايخ سمرقند
جعلوه بيعا جايزا مفيدا بعض الاحكام وهو الانتفاع دون البعض وهو البيع لحاجة
الناس اليه والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا
ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا
بلفظ البيع بشرط الوفا او تلفظا بالبيع الجايز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع
غير لازم فكذلك اي يكون فاسدا وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا
الشرط على وجه المواعدة جاز البيع ويلزم الوفا بالميعاد لان المواعيد قد تكون
لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس فان كان قبض الثمن طوعا
فهو اجازة للبيع لانه دلالة على الاجازة كما في البيع الموقوف اذا قبض المالك الثمن
كان اجازة للعقد فكذا اذا سلم طايعا بان اكره على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجا زة
بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون
باطلا والحاصل ان الاكراه على الهبة يكون اكراها على الدفع والاكراه على
البيع لا يكون اكراها على التسليم لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق
لا صورة العقد والاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير قبض فلم يكن
الاكراه على البيع اكراها على القبض فكان الدفع عن اختيار منه وذلك دليل الاجازة
اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه
على الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شي يتعلق به الاستحقا ق
وازالة الملك ليتضرر به لا صورة العقد وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه
رد الثمن اذا كان قايما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا ياخذ
منه شيا لان الثمن كان امانة عند المكره لانه اخذه باذن المشتري والقبض
متى كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك وهو لم يقبضه للتملك لانه
كان مكرها على قبضه فكان امانة وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره
ضمن قيمته للبايع لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا بالقيمة وللمكره
ان يضمن المكره ان شاء لان المكره يصير آلة للمكره فيما يرجع الى الاتلاف
وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان التكلم بلسان الغير فكان المكره دافع

مال المكره الى المشتري فللمكره ان يضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
مالا • و المشتري كغاصب الغاصب وان ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة
لانه قام مقام البايع باداء الضمان • فان ضمن احد المشتريين وقد تناسخته العقود
نفذ كل شراء كان بعد شرائه لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه
ولا ينفذ ما كان قبله • لان اسناد ملك المشتري الى وقت قبضه • بخلاف ما اذا اجاز
المالك المكره عقدا منها فانه ينفذ ما قبله وبعده • لان المانع من النفاذ حقه وقد
اسقط حقه فيعود الكل جايزا • وبخلاف ما لو اجاز المالك في بيع الفضولي واحدا
من الاشرية حيث يجوز ما اجاز صاحبه • لانه باع كل واحد منهم ملك غيره
وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة فابطل الملك الموقوف لغيره وهنا كل واحد
باع ملكه • اذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق
استرداد المالك • فاذا اسقط حقه نفذ الكل • ولو اكره على ان ياكل الميتة
او الدم او لحم الخنزير او يشرب الخمر بحبس او ضرب يخاف منه التلف على نفسه
او عضو من اعضايه يحل له ان يقدم على ما اكره عليه • لان حرمة هذه الاشياء
ثابتة بالشرع وهي مقيدة بحال الاختيار • فان الله تعالى استثنى حالة الضرورة من
التحريم لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة
عما وراء المستثنى • فظهر ان التحريم مخصوص بحالة الاختيار وقد تحققت الضرورة
هنا لخوف التلف على نفسه بسبب الاكراه • فالتحقت هذه الاعيان في هذه الحالة
بساير الاطعمة والاشربة فكان في سعة من تناولها ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به
فان صبر حتى اوقعوا به اثم • وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ياثم وكذا هذا
فيمن اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات في ظاهر الرواية يكون اثما • وعن ابي
يوسف رحمه الله انه لا ياثم • فالاصل عند ابي يوسف رحمه الله ان الاثم ينتفي عن المضطر
ولا تنكشف الحرمة بالضرورة • قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه •
وقال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم • وهذا لان
الحرمة بصفة انها ميتة او خمر • وبالضرورة لا يزول ذلك • فان امتنع كان امتناعه من
تناول الحرام فلا ياثم لانه تمسك بالعزيمة • وجه ظاهر الرواية ان الحرمة
لا تتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما
اضطررتم اليه • فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد يكون مباحا
قبل التحريم فيبقى على ما كان في حالة الضرورة فلم يكن رخصة وكان امتناعه من التناول
حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى يتلف فياثم • الا انه انما ياثم اذا علم
بالاباحة في هذه الحالة • لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد فيعذر بالجهل
فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب • فان اكره على الكفر بالله

اوسب

او سب النبي صلى الله عليه وسلم بقتل او قطع رخص له اظهار كلمة الكفر • فان اظهر ذلك
وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه • فان المشركين
اخذوه ولم يتركوه حتى سب رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الهتهم بخير ثم تركوه
فلما اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما وراءك قال شر • ما تركوني حتى نلت منك
وذكرت الهتهم بخير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف تجد قلبك قال
رضي الله عنه اجده مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد • اي فعد
الى طمانينة القلب بالايمان • وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر
الهتهم بخير فغلط • لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يامر احدا بالتكلم
بكلمة الشرك • وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان • ولان
حرمة الكفر لا تحتمل السقوط • وفي هتك الظاهر مع قرار القلب ضرر جنايته
لكنه دون القتل لان ذلك هتك صورة • وهذا هتك صورة ومعنى فوجبت الرخصة
وبقي الكف عنه عزيمة لبقاء الحرمة نفسها لتناهي قبح الكفر • فان صبر حتى قتل ولم يظهر
الكفر كان مثابا لانه لما تعينت الحرمة صار باذلا نفسه لاعزاز دين الله متمسكا بالعزيمة
فكان شهيدا • واذا اجرى فقد ترخص بالادنى صيانة للاعلى • الا ترى ان حبيب بن عدي
رضي الله عنه لما امتنع حتى قتل سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم افضل الشهداء • وقال
عليه السلام هو رفيقي في الجنة • وقصته ان المشركين باعوه من اهل مكة شرفها الله تعالى
فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر الهتهم بخير ويسب محمدا صلى الله عليه وسلم وهو يسب الهتهم
ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير حتى قتلوه • فان قيل كما استثنى حالة الضرورة
في الميتة استثنى حالة الاكراه هنا • قلنا ثم استثنى من الحرمة فكان اباحة فلم يكن رخصة
وهنا من الغضب فينتفي الغضب في المستثنى • ولا يلزم من انتفايه انتفاء الحرمة فكان
رخصة • وذكر في الكشاف من كفر بالله شرط مبتدا وحذف جوابه • لان جواب
من شرح دال عليه • كانه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الا من اكره • ولكن من شرح
بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله • وان اكره على الكفر والسب بقيد او حبس او ضرب
لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف به على نفسه او على عضو من اعضايه • لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر مع ان حرمته تنكشف به ففي الكفر وحرمته لا تنكشف
به اولى • فان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضايه رخص له
ذلك لان حرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل وقاية له • ولكن اخذ مال الغير
واتلافه ظلم وعصمة صاحبه فيه باقية فيبقى حراما في نفسه لبقاء دليله • فالرخصة ما يستباح
بعذر مع قيام المحرم فاذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لدفع الظلم ولاقامة حق محترم
فصار مثابا شهيدا • وان اكره عليه بالحبس او بالضرب لا يسعه ذلك لانه لا يوجب
الالجا • ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره يصلح آلة للمكره فيما يصلح آلة له

مطمئنا

فلا اتلاف من هذا القبيل فكان المكره آخذ المكره وأتلف ماله. وإن أكره على قتل غيره
بقتل لم يرخص له ولم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فإن قتله كان آثما. لأن دليل
الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه في ذلك سواء. فسقط الكره في حق
تناول دم المكره عليه للتعارض والقصاص على المكره إن كان عمدا عند أبي
حنيفة رحمه الله. وقال زفر رحمه الله يجب على المكره دون المكره. لأن القصاص
يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة. لأن القتل فعل محسوس وقد تحقق من
المكره والعيان يشهد بهذا ومن أنكره فقد أنكر الحس. فإذا تحقق منه
الفعل يؤاخذ بفعله. إلا إذا سقط حكم فعله وهو الإثم وأضيف إلى غيره شرعا
كما في الإكراه على إتلاف مال الغير فإنه سقط حكم فعله وهو الإثم وأضيف إلى غيره
وههنا لم يسقط حكم فعله بل قرر الشرع حكمه عليه بدليل أنه يأثم إثم القتل وإثم
القتل على من باشر القتل. وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص عليهما. أما على
المكره فلما قاله زفر. وأما على المكره فلحصول التسبيب إلى القتل منه حيث أحدث
فيه معنى كان حاملا له على القتل. والتسبيب التام ينزل منزلة المباشرة في حق وجوب
القصاص على شهود القصاص إذا رجعوا. وهذا لأن القصاص شرع لحكمة الزجر والردع
والقتل غالبا يقع بإكراه من المتغلبة والأكابر فلو لم يوجب القصاص لانسد
بابه في موضع تكون الحاجة إلى إيجابه. وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب القصاص على
واحد منهما. لأن القتل بقي مقصورا على المكره من وجه حتى أثم إثم القتل. وأضيف
إلى المكره من وجه من حيث أنه حمل المكره عليه وصار مدفوعا إلى القتل بموجب
طبعه. ولأن المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت الشبهة في
الجانبين فلا يجب القصاص. ولهما أن المكره ملجأ إلى هذا الفعل فيصير آلة فيما
يصلح أن يكون آلة له فلا يلزم الآلة شيء من الضمان كما في إتلاف المال فإن الضمان
يجب على المكره ويصير المكره آلة له حتى لا يكون عليه شيء من حكم الإتلاف. والمكره
يصلح أن يكون آلة للمكره في القتل بأن يأخذ بيده مع السيف فيقتل به غيره
وتعين الإلجاء لأنه صار محمولا على ذلك الفعل بالتهديد بالقتل لأنه جبل على حب
حياة نفسه وإيثارها على حياة غيره فيفسد اختياره وحمله على هذا الفعل لا إلى
الآلة فلا يكون على المكره قصاص ولا دية ولا كفارة. ألا ترى إلى قوله تعالى
يذبح أبناءهم فقد نسب الفعل إلى اللعين وهو ما كان يباشر صورة ولكن
كان يأمر به وأمره إكراه. ولا يصلح أن يكون آلة في حق الإثم. لأن القتل من حيث
أنه يوجب المأثم جناية على دين القاتل لأنما أكرهه ليجني على دينه. فلو أضيف إليه
لصار جناية على دين المكره وفيه بطلان المكره فبقي الفعل من حيث كونه
جناية على الدين مقصورا على المكره. ومن حيث الإتلاف منقولا إلى المكره لأنه يصلح

الاكراه

الته

آلة فيه كما في الإكراه على الإعتاق ينتقل الفعل إلى المكره من حيث الإتلاف حتى يجب
الضمان على المكره ومن حيث الإعتاق بقي مقصورا على المكره حتى يكون الولاء له وصار
كما لو أكره مجوسيا على ذبح شاة الغير فإنه يصير آلة له من حيث الإتلاف ولم يصر
آلة له من حيث الذكاة حتى لا يحل تناوله. وإن أكره على أن يطلق امرأته أو يعتق
عبده ففعل وقع الطلاق والعتق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لأن تصرفاته لغو
عنده كتصرفات المجنون وقد حققناه في الطلاق. والولاء للمعتق ويرجع على المكره بقيمة
العبد لأنه في التكلم بالعتق لا يمكن أن يجعل آلة للمكره ولأن التكلم بلسان الغير لا يمكن
فبقي تكلمه مقصورا عليه فيصير به معتقا والولاء لمن أعتق. وهذا لأن الإكراه الملجئ وإن
كان يفسد الاختيار ولكن لا يخرجه من أن يكون مخاطبا ففيما يمكن نسبته إلى المكره
وهو الإتلاف يجعل المكره آلة له فيضاف إليه ترجيحا للاختيار الصحيح على الاختيار
الفاسد ويجعل الفاسد معدوما في مقابلته وصار بمنزلة عدم الاختيار. وفيما
لا يمكن نسبته إلى المكره بقي مضافا إلى المكره بما له من الاختيار الفاسد لأنه صالح
لذلك ألا ترى أن هذا القدر من الاختيار صالح للخطاب. وله أن يضمنه موسرا
كان أو معسرا. لأنه ضمان إتلاف فلا يختلف باليسار والإعسار. ولا سعاية على العبد
لأن السعاية على العبد إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير به ولم يوجد واحد
منهما. لأن العتق نفذ فيه من جهة مالكه ولا حق لأحد في ماليته. بخلاف المريض إذا
أعتق عبده وعليه دين لأن السعاية تجب ثم لحق الغرماء. وبخلاف الراهن إذا أعتق
المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق المرتهن ولا يرجع المكره على العبد بالضمان
لأن الضمان وجب عليه بإتلافه فلا يرجع على غيره. ويرجع بنصف مهر المثل المرأة إن
لم يطأها إن المهر مسمى وإن لم يكن مسمى يرجع بالمتعة. لأن الكره قرر عليه ما كان
على شرف السقوط بارتدادها أو تقبيل ابن زوجها فصار كأنه أخذ ذلك المقدار من
ماله وأتلفه. بخلاف ما إذا دخل بها. لأن المهر تأكد بالدخول فلا يجب في مقابلة
إتلاف ملك النكاح فإنه ليس بمال فلا يضمن بالمال. ولو أكره على أن يوكل رجلا بطلاق امرأته
التي لم يدخل بها أو يعتق عبده ففعل الوكيل فالتوكيل جائز استحسانا. ونفذ
تصرف الوكيل. والقياس أن لا تصح الوكالة مع الإكراه لأن الأصل أن كل عقد يؤثر
فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه. وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه. لأنهما يعدمان
الرضا. والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لأنها من الإسقاطات. إذ الموكل يسقط
حقه بالتفويض إليه. فإذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ثم يرجع المكره على المكره
بقيمة العبد وبنصف المهر استحسانا. والقياس أن لا يرجع عليه. لأن الإكراه وقع
على التوكيل وزوال الملك لا يثبت به إذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف الإتلاف
إليه. كما إذا شهد شاهدان أن فلانا وكيل بعتق عبده فأعتقه الوكيل ثم رجعا.

فإنهما لا يضمنان ووجه الاستحسان أن غرض المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل
فكان الزوال مقصوده فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه
ولو أكره بوعيد على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله فهو مختار ولا شيء على المكره
عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإعتاق يتجزى عنده وما أتى غير ذلك ما أكره عليه
فلا يصير الإتلاف به منسوبا إلى المكره ألا ترى أن عنده لو أمره أحد أن يعتق
نصف عبده فأعتق كله كان باطلا وعندهما المكره ضامن لقيمة العبد لأنه لا
يتجزى عندهما فالإكراه على إعتاق النصف إكراه على إعتاق الكل ولو أكره على أن
يعتق كله فأعتق نصفه يضمن نصف قيمته عنده وعندهما يضمن الكل لأن إعتاق
النصف كإعتاق الكل عندهما وله أنه أتى ببعض ما أكره عليه فكان حكم الإكراه
ثابتا فيما أتى به والنذر لا يعمل فيه الإكراه حتى لو أكره بوعيد تلف على أن يوجب
على نفسه صدقة أو صوما أو حجا أو شيئا يتقرب به إلى الله ففعل لزمه كذا إن أكرهه
على اليمين بشيء من ذلك أو بغيره لأن النذر مما لا يلحقه الفسخ لأنه يمين لقوله عليه السلام
النذر يمين وهي مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يؤثر فيه
الإكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لأن أثر الإكراه في فوات الرضى
وأثره في عدم اللزوم وأثره في ثبوت حق الفسخ مما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه أثر
الإكراه فلا يؤثر فيه الإكراه ولا يرجع على المكره بما يلزمه من ذلك لأنه
أوجب عليه حكما يطالب به في الآخرة فلا يظهر أثره في الدنيا من حيث الإلزام فلو
أوجبنا عليه الضمان لأخذه الحاكم وحبسه فيه فيكون زائدا على ما أوجبه وهذا
لا يجوز وكذا لو أكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهرا ولا يقربها حتى
يكفر لأن الظهار من أسباب تحريم الطلاق فيستوي فيه الهزل والجد والإكراه
والطوع وكذا الرجعة لأنه استدامة للنكاح فكانت ملحقة به وكذا الإيلاء
لأنه يمين في الحال وطلاق في المآل فالإكراه لا يمنع كل واحد منهما وكذا الفيء فيه لأنه لا يصح
مع الهزل به لأنه كالرجعة في الاستدامة والخلع من جانب الزوج طلاق أو يمين
فلا يؤثر فيه الإكراه وهذا لأن الإكراه لا يمنع وقوع الطلاق بغير جعل فكذا
بالجعل فلو كان هو مكرها على الخلع والمرأة غير مكرهة لزمها البدل لأنها التزمته
طائعة بإزاء ما سلم لها من البينونة وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي
حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وعندهما لا يجب الحد وقد مر في الحدود
وإن أكرهه على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو نوى
أن يكفر صار كافرا وإن لم يتكلم به والإكراه دال على عدم تبدل الاعتقاد فلم يحكم
بالردة فلم تبن امرأته منه فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك
وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول له استحسانا لأنه منكر للفرقة بخلاف ما لو

اكره

أكره النصراني على الإسلام فإنه يصير مسلما لأنه وجد أحد الركنين وفي الركن الثاني
احتمال فرجحنا بالشك احتياطا فرجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى وهذا
بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على
الإسلام حتى أسلم ثم رجع عن الإسلام لا يقتل لأنه لما تمكنت الشبهة اعتبرنا الإسلام
ودرأنا القتل لاحتمال عدم الردة ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر خطر ببالي
في قولي كفرت بالله أن أخبر عن أمر ماض كذبا ولم أكن فعلت فيما مضى بانت
منه امرأته حكما ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أخبر أنه أتى بغير ما أكره عليه
فصار في ذلك طائعا ومن أقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت به كذبا لا يصدقه
القاضي لأنه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله لفظه
كذا هنا ولو قال خطر ببالي الإخبار عما مضى وما أردت به الخبر بل أردت الإنشاء
كما طلب مني فقد أقر بالكفر حقيقة لأنه بعد ما خطر هذا بباله قد تمكن من الخروج
عما ابتلي به فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كان بمنزلة من أجرى كلمة الكفر طائعا فتبين
امرأته منه في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولو قال لم يخطر ببالي شيء ولكن
كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالإيمان لم تبن منه امرأته لأنه فعل
ما فعل مضطرا مكرها وهو مرخص في ذلك إذا كان قلبه مطمئن بالإيمان وعلى
هذا إذا أكره على الصلاة للصليب أي يسجد لهذا الصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم
ففعل وقال خطر ببالي الصلاة لله وسب رجل آخر ونويت به ذلك بانت منكوحته
في الحكم ولم تبن فيما بينه وبين الله تعالى ولو سجد للصليب وسب محمدا النبي صلى الله
عليه وسلم وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت امرأته
ديانة وقضاء لأنه أمكنه دفع ما أكره عن نفسه فإذا لم يفعل كان مختارا كذا
في المبسوط وهذه المسألة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر
وإن لم يخطر بباله شيء فصلى للصليب أو سب محمدا النبي صلى الله عليه وسلم وقلبه مطمئن
بالإيمان لم تبن منكوحته لا قضاء ولا ديانة لأنه فعل مكرها لأنه أتى بعين ما أكره
عليه ولو قال لأقتلنك أو لتلقين نفسك في النار أو من الجبل وفي الإلقاء عطب
لا ينجو عنه ولكن فيه نوع حيلة فإن شاء فعل ذلك وإن شاء لم يفعل ويصبر
حتى يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ابتلي ببليتين فيختار ما هو أهون في زعمه
وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لأن مباشرة الفعل سعي في إهلاك نفسه فيصبر
تحاميا عنه وأصله أن الحريق إذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيها احترق
ولو أوقع نفسه في الماء غرق فعنده يختار أيهما شاء وعندهما يصبر ثم إذا ألقى نفسه
في النار فاحترق فعلى المكره القصاص عنده للإكراه وعندهما لا قصاص لأنه
مختار وإن أكره على أن يقطع يد رجل بعينه فقطع يده ثم رجله بغير إكراه

ثم مات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين احدهما انتقل الى المكره والاخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين. وعند ابي يوسف رحمه الله الدية في مالهما. لان في قطع اليد على المكره والدية عنده فصار نصيب الاخر ما لا قصاص فيه. ولو قال له لتلقين نفسك من راس الجبل او لاقتلنك بالسيف فالقى فمات عند ابي حنيفة رحمه الله تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا اكره عليه. وعند ابي يوسف رحمه الله تجب الدية على المكره لا بالقتل بالمثقل عنده وان كان يوجب القصاص ولكن لا قصاص عنده في الاكراه. وفيه الدية على المكره في ماله. وعند محمد رحمه الله يجب القصاص على المكره لانه كالقتل بالسيف وعلى المكره القصاص عنده. ولو قال لاخر اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي ان يجب القصاص كما قال زفر رحمه الله وانما يسقط للشبهة باعتبار الاذن فتجب الدية في مال القاتل لانه عمد والعاقلة لا تحمله. وفي رواية لا يجب شيء. لان نفسه حقه وقد اذن باتلاف حقه فصار كما اذن باتلاف ماله ثم لا ضمان فكذا هنا. واذا اكره الولي المراة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المراة ولم يرض الولي فللولي طلب الفراق عند ابي حنيفة رحمه الله. لان التبليغ الى مهر المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون بالنقصان. وقالا ليس له ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك اسقاط حقها.

كتاب الحجر

هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع عن القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي عقل. وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون. والله تعالى خلق الورى وميز بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي النهى. ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى. وجعل بعضهم مبتلى ببعض اسباب الردى كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل والصبي فاثبت الحجر على هولاء نظرا. فلا يصح تصرف صبي الا باذن وليه لعدم عقله او لنقصانه اذا صار مميزا. غير انه باذن الولي يجبر النقصان فالتحق بالبالغ. ولا تصرف عبد الا باذن سيده رعاية لحق سيده كيلا تتعطل منافع مملوكه ولا تملك رقبته بتعلق الدين. لان رقبته ملك المولى لكنه اذا اذن له في التصرف جاز لانه رضي بفوات حقه. ولا تصرف المجنون المغلوب بحال اي الذي لا يفيق اصلا لفقدان الاهلية لانها بالعقل والتمييز بخلاف العبد فانه اهل في نفسه. وانما المنع لحق المولى. وبخلاف الصبي فانه تنتظر اهليته فلهذا ينعقد تصرفهما باذن المولى والولي. وتصرف المجنون المغلوب لا ينعقد اصلا لانه عديم العقل الا الى الاصلاح عادة. ومن باع من هولاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخ والمراد هو الصبي والعبد

والمجنون

والمجنون الذي يجن ويفيق وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره وهو قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة. لا الذي ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقته الاجازة لعدم الانعقاد. وبقوله يعقل البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشرا بعكسه. وبقوله ويقصده اي يقصد اثبات حكمه وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه. وهذا لان التوقف في تصرف العبد لحق المولى وفي الصبي والمجنون لحقهما فتتحرى المصلحة في تصرف هولاء. ولا بد ان يعقلا البيع ليتحقق ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة. فان قيل التوقف يستقيم في البيع اما الشرا فلا يتوقف بل ينفذ على المباشر قلنا الشرا اذا وجد نفاذا على المباشر ينفذ كالفضولي اذا اشترى مال انسان لاخر فانه ينفذ عليه فلا يتوقف اما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية كما في الصبي والمجنون او لضرر المولى كما في العبد فيتوقف وهذا لان الشرا يلزم العاقد ثم ينتقل من جهته الى الامر اذا وجد الامر لما مر ان الوكيل بالشرا يصير كالملك من موكله. واذا كان بغير امر ينفذ على العاقد ولا ينتقل الى الغير. وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة. فانه اذا قتل انسانا او قطع يده او اتلف شيئا لا يمكن ان يجعل القتل والقطع والاتلاف كالعدم لانه يؤدي الى ان لا يكون المقتول او المقطوع او المراق مقتولا ومقطوعا ومراقا فهو دخول في السوفسطائية وانكار الحقائق بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع. اما الانسان فظاهر اذ التطليق والاعتاق والبيع والهبة ونحوها لا تؤثر في المحل حسا وانما صار المحل محرما ومحررا ومملوكا. واما الاخبارات كالاقرار والشهادات فموجبيتها عرفت شرعا لانها دالات على المخبر عنه فيجوز ان لا تقع دلالة. لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها ولان القصد شرط اعتبار القول اذ الكلام المعتبر ما يكون موجودا بصورته ومعناه. ومعنى الكلام لا يوجد الا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل للصبي والمجنون فلا يكون لهما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد. والنائم اذا انقلب على مال انسان واتلفه يضمن وان عدم القصد. الا اذا كان فعلا يتعلق بحكم يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون. حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص بالقتل. فلا تصح عقود الصبي والمجنون واقرارهما بما بينا ولا يقع طلاقهما وعتاقهما لما مر في الطلاق والعتاق ولا يتوقفان على اجازة الولي ولا ينعقد ان يباشر الولي لانهما من المضار فلا يؤهلان لهما ولا توقف للولي على مصلحة الطلاق. لان ذا يعتمد العلم بسائر اخلاقهما وتنافر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة ولا علم للولي بذلك بخلاف سائر العقود لامكان وقوفه على المصلحة. ولو اتلف هولاء مال الغير يضمنون

إحياءً لحق المتلف عليه في المحل المعصوم. وهذا لما مر أن لا حجر في الأفعال فانعقد
الإتلاف موجبا للضمان وإن عدم القصد من الصبي والمجنون. ألا ترى أن الحائط
المائل بعد الإشهاد إذا تلف به شيء يضمن صاحب الحائط وإن عدم القصد من صاحبه
في سقوطه. وأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته لكونه مكلفا غير نافذ
في حق سيده رعاية لحق سيده. وهذا لأن نفاذه في حقه لا يخلو عن تعلق الدين برقبته
أو كسبه وكلاهما لسيده فلا يستحق بإقراره. لأن الإقرار من الإنسان لا يقبل على غيره
إلا بولاية ولا ولاية للعبد على المولى. فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لتحقق الأهلية
بالعقل والبلوغ وانتفاء المانع ولم يلزمه في الحال لتحقق المانع. وإن أقر على نفسه بحد
أو قصاص لزمه في الحال لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الحدود والقصاص. لأنهما من
خواص الإنسانية وهو ليس بمملوك من حيث أنه آدمي وإن كان مملوكا من حيث أنه
مال. ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بهما إذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره فيهما
لأنه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني. فإن قيل قوله عليه السلام لا يملك العبد
والمكاتب شيئا إلا الطلاق يقتضي أن لا يملك الإقرار بالحدود والقصاص. قلنا لما
بقي على أصل الحرية فيهما يكون هذا الإقرار من الحر لا إقرار من العبد. لأن قوله تعالى
بل الإنسان على نفسه بصيرة يقتضي أن يصح. ولا يقال أنه خص عنه الإقرار بالمال
لأن النص لم يتناوله إذ الإقرار بالمال يلاقي حق الغير والنص يتناول الإقرار على نفسه.
فإن قيل يحمل النص على الحر دفعا للتعارض قلنا يحمل الأثر على غير هذه الصورة
دفعا للتعارض. وينفذ طلاقه لما روينا. ولقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق
الصبي والمجنون والمعتوه. ولأنه يختص بالإنسانية فكان كالحر فيه. والله أعلم.

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر
على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز. وإن كان مبذرا مفسدا
يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة. اعلم أن الحجر عند أبي حنيفة رحمه الله
على الحر البالغ العاقل لا يجوز بسبب السفه والدين والفسق والغفلة. وعندهما يجوز
بغير الفسق. وعند الشافعي رحمه الله يجوز بالكل. وإنما يصح الحجر عندهما
في تصرفات لا تصح مع الهزل والإكراه كالبيع والإجارة والهبة والصدقة وما يحتمل
الفسخ فكل تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه إجماعا
وكذا الأسباب الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص. والسفه هو العمل بخلاف
موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجى. والسفيه من عادته التبذير
والإسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفات لا غرض له فيها أو لغرض لا يعده العقلاء
من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال إلى المغنين واللعابين وشراء الحمامة الطيارة
بثمن غال والغبن في التجارات من غير محمدة. وأصل المسامحة في التصرفات والبر

والإحسان

والإحسان مشروع. إلا أن الإسراف حرام كالإسراف في الطعام والشراب. قال
الله تعالى والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا. وأما الكلام في الحجر على السفيه والمنع
من التصرف في ماله فلهما أنه مبذر ماله بصرفه لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة
فيحجر عليه نظرا له لدينه لا لسفهه كالصبي بل أولى. لأن الصبي إنما حجر عليه لتوهم
التبذير منه. وهذا قد تحقق التبذير منه. واعتبارا بمنع المال فإن منع المال عنه
بطريق النظر له فكذا الحجر عن التصرف. وهذا لأن منع المال غير مقصود لعينه
بل لإبقاء ملكه. ولا يحصل هذا المقصود متى بقي مطلق التصرف لأنه يقر به لغيره
ويبيعه بغبن فاحش ويأمر المولى بالتسليم إليه. وله أنه حر مخاطب فكان
مطلق التصرف في ماله كالرشيد. وهذا لأن الحرية أمارة المالكية والخطاب أمارة
القدرة على التصرفات لأنه دليل اعتبار عقله ووجود دليل القدرة على التصرف لأنه كلام
ملزم. واعتبار الكلام بالتمييز واللزوم والخطاب. وفي إبطاله إهدار آدميته
وإلحاقه بالمجانين والبهائم. فلا يكون فيه نظر بل الضرر فيه أعظم من ضرر التبذير
لأن الإنسان إنما باين سائر الحيوانات باعتبار قوله في التصرفات ولا يتحمل الأعلى
لدفع الأدنى بل يدفع الأعلى بالأدنى حتى روي عنه أنه يحجر على المفتي الماجن
الذي يعلم الناس الحيل والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس لأن فيه دفع الضرر العام
والمفتي الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل يفسد على الناس أبدانهم
والمكاري المفلس يفسد أموالهم فإنه إذا ماتت دابته في الطريق وليس له أخرى
ولا استئجار فيؤدي إلى إتلاف أموال الناس. فيندفع الأعلى بالأدنى وهو اعتبار منع
المال باطل لأنه ثبت غير معقول المعنى. لأنه منع المال عن مالكه والملك هو المطلق
الحاجز فمنع المالك عن التصرف فيه وتجويز تصرف غيره فيه غير معقول. ولأنه
عقوبة شرعت زجرا له عن التبذير فلا تحتمل المقايسة. ولأن اليد للآدمي على المال
نعمة زائدة وإطلاق اللسان في التصرفات نعمة أصلية فلا يقاس إبطال أعلى النعمتين
على أدناهما. وكذا بالصبي لأنه لما كان عاجزا عن النظر لنفسه احتجنا إلى مصيرة
الغير وليا له فصار مولياً عليه ضرورة والمولى عليه لا يلي التصرف. والسفيه قادر
على النظر لنفسه بكمال عقله وإن كان يعدل عن سنن العقل بهواه. ومنع المال عنه
مفيد لأن التبذير إنما يكون في الهبات والصدقات غالبا وذا لا يتم إلا بالقبض ولا
إقباض إلا باليد ولا يد مع المنع. فإن قيل جعل الله للسفيه وليا في قوله تعالى
فليملل وليه بالعدل. قلنا السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من أهل التأويل.
ولو حجر القاضي عليه ثم رفع ذلك إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز
إطلاقه. لأن القاضي الأول ما قضى بشيء حتى يقال قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ
قضاؤه بل الحجر منه فتوى وليس بقضاء. لأن القضاء لا بد له من مقضي له ومقضي عليه

لانه لتقطع المنازعة فلا بد من منازعة تقطع فبقي مجتهدا فيه كما كان ولئن كان
قضاء فنفس الحجر على السفيه مجتهد فيه فانه باطل عند ابي حنيفة رحمه الله وتفسير
القضاء متى كان مجتهدا ان يتوقف على قضاء غيره كما مر في كتاب القضاء حتى لو رفع
تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض
اخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك • ثم عند ابي حنيفة
رحمه الله اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة
فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله
وان لم يؤنس منه الرشد • وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه الرشد
ولا يجوز تصرفه فيه لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم امر
بدفع المال اليهم عند ايناس الرشد فلا يجوز الدفع قبله • ولان المعلق بالشرط عدم قبل
وجوده ولان منع المال عنه لعلة السفه فيبقى ببقاء العلة ويزول بزوال العلة • اذ العبرة
لقيام العلة وزوالها لا للزمان • وله قوله تعالى وآتوا اليتامى اموالهم والمراد به
بعد البلوغ • فهو تنصيص على وجوب دفع المال بعد البلوغ الا انه منع عنه ماله قبل
هذه المدة بالاجماع ولا اجماع هنا فيجب دفع المال بالنص والتعليق بالشرط لا يوجب
العدم عند العدم عندنا • على ان الشرط رشد نكرة • فاذا صار الشرط في حكم الوجود
وجب جزاؤه واول احوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار اثر الصبى • وبقاء اثره
كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر الصبى وحدث ضرب
من الرشد لا محالة لانه حال كمال لبه فقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قال
ينتهي لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين • وقال اهل الطبايع من بلغ خمسا وعشرين
فقد بلغ رشده الا ترى انه يصير جدا صحيحا في السن • لان ادنى ما يحتلم الانسان
اثنا عشر ثم يولد له ولد في ستة اشهر ثم يبلغ ابنه باثنا عشر سنة ثم يولد له ابن
بعد ستة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين • ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله
او بلغ رشدا ثم صار سفيها لم يمنع منه المال • لان هذا ليس باثر الصبى فلا يعتبر في منع
المال عنه • ولان منع المال عنه على سبيل التاديب له ولا اشتغال بالتاديب عند رجاء
التادب فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فقد انقطع رجاء التادب فلا معنى لمنع
المال منه بعده • ثم لا يتاتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما
اذا صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه • وان كان فيه مصلحة
اجازه الحاكم لان تصرفه ليس بباطل بل هو موقوف لاحتمال وقوعه مصلحة • فاذا
راى الحاكم وقوعه مصلحة اجازه وان رده كتصرف الصبي الذي يعقل البيع
ويقصده • ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رحمه الله • وعند محمد
رحمه الله لا يجوز لانه يبلغ محجورا عليه عنده لان علة الحجر السفه وهو يتحقق

في الحال

في الحال فيترتب عليه موجبه بدون حجر القاضي كالصبي والمجنون • وابو يوسف رحمه الله
يقول السفه علة استحقاق الحجر لا علة الانحجار فيستحق به الحجر والانحجار لا يكون
الا بحجر القاضي عليه • ولان الحجر عليه متردد بين الضرر والنظر • ففي ابقاء الملك له
نظر وفي اهدار قوله نظر ضرر فلا بد من القضاء لترجيح احد الجانبين على الاخر • وعلى
هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها • وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما •
وعند الشافعي رحمه الله لا ينفذ عتقه وهذا الخلاف بناء على كيفية الحجر
فعندهما المحجور عليه بسبب السفه في التصرفات كالهازل فان الهازل يخرج كلامه
على غير نهج كلام العقلاء لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله
فكذا السفيه يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى
ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله • وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه
السفه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق
لا يؤثر فيه الهزل • وعند الشافعي رحمه الله الحجر بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا
ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى الطلاق كما ان الرقيق لا ينفذ شيء من
تصرفاته سوى الطلاق والاعتاق لا ينفذ من الرقيق فكذا من السفيه • واذا نفذ عندهما
فعلى العبد ان يسعى في قيمته وهذا قول محمد رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله
الاول • لان الحجر على السفيه بمعنى النظر له كالحجر على المريض • فانه لاجل النظر لغرمائه
وورثته ثم هناك اذا اعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه في قيمته • وفي ثلثي قيمته
لورثته اذا لم يكن عليه دين ولا مال سواه • لان رد العتق بمعنى النظر قد تعذر رد
عينه فيجب نقضه معنى بايجاب السعاية كذا هنا • وفي قول ابي يوسف رحمه الله
الاخر وهو رواية عن محمد رحمه الله ليس عليه السعاية • لانه لو سعى انما يسعى لمعتقه والمعتق
لا يلزمه السعاية بحق معتقه بحال • وانما تلزمه السعاية لحق غيره • ولو دبر عبده جاز
تدبيره • لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقته الا ان هناك تجب عليه
السعاية في قيمته وهنا لا تجب السعاية ما دام المولى حيا • لانه بعد صحة التدبير مالك
مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه • لانه لما بقي على ملكه
والمولى لا يستوجب على مملوكه دينا • فتعذر ايجاب النقصان عليه • الا ترى انه لو
دبر عبده بمال وقبله العبد صح التدبير ولا يجب المال فان مات المولى ولم يؤنس منه
الرشد سعى في قيمته مدبرا • لانه بموت المولى عتق وكانه اعتقه في حياته فعليه
السعاية في قيمته والعتق لاقاه مدبرا فيسعى في قيمته مدبرا كما لو اعتقه بعد
التدبير • فان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والام
ام ولد له • لان توفير النظر في الحاقه بالمصلح في حكم الاستيلاد • لانه يحتاج الى ذلك لابقاء
نسله وصيانة مائه • ويلحق في هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب ولد امته كان

هو في ذلك كالصحيح. حتى أنها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء لأن
حاجته مقدمة على حق غرمائه. بخلاف ما لو أعتقها. ولو لم يكن معها ولد فقال هذه
أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها. فإن مات سعت في كل قيمتها بمنزلة
المريض إذا قال لأمته وليس معها ولد هذه أم ولدي. وهذا لأنه إذا كان معها ولد فثبوت
نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في إبطال حق الغير فلذلك يرتفع حكم الحجر عن تصرفه
بخلاف ما إذا لم يكن معها ولد فإنه لا شاهد لها هاهنا فإقراره لها بحق العتق بمنزلة إقراره
بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو
أعتقها. فإن تزوج امرأة جاز نكاحه لأنه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه. فإن
سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل. لأن التزوج من حوائجه الأصلية
ومن ضرورة النكاح وجوب مقدار مهر المثل. فأما الزيادة على ذلك فلا ضرورة فيه
وهو التزام بتسميته فلا نظر له في هذا الالتزام فلا تثبت الزيادة كالمريض إذا تزوج امرأة
بأكثر من صداق مثلها يلزمه من المسمى مقدار مهر مثلها. ولو طلقها قبل الدخول بها وجب
لها نصف المهر في ماله. لأن التسمية صحيحة في مقدار مهر المثل وتنصف المفروض
بالطلاق قبل الدخول حكم ثابت بالنص. وكذا لو تزوج بأربع نسوة أو تزوج كل
يوم واحدة ثم طلقها لما قلنا. وتخرج الزكوة من مال السفيه وينفق على ولده وزوجته
ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه. لأن بعضها يجب حقا للشرع وبعضها يجب
حقا للعبد. والسفه لا يبطل واحدا منهما. إلا أن القاضي يدفع قدر الزكوة إليه ليصرفها
إلى المساكين. لأن الواجب عليه الإيتاء وهو عبارة عن فعل هو عبادة ولا يحصل ذلك إلا
بنيته. ولكن يبعث أمينا معه ليدفعها إلى المساكين تحرزا من أن يصرفها
في غير مصارف الزكوة. وفي النفقات يدفعها إلى الأمين ليصرفها إلى مستحقيها لأنه لا
حاجة فيها إلى النية لأنها ليست بعبادة. ولو حلف بالله أو نذر نذرا من هدي أو صدقة
أو ظاهر من امرأته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وظهاره بالصوم لأنها مما يجب بفعله
فلو جوزنا له التكفير بالمال لتوصل به إلى إتلاف ماله. بخلاف ما يجب ابتداء بغير
فعله. ولو أراد حجة الإسلام لم يمنع منها. لأن الحج فرض عليه إذا كان مستطيعا فالسفيه
كالمصلح في الفرائض لأنه يلزمه شرعا من غير صنع من جهته فلا يتوهم معنى التبذير
فيه ولا يسلم القاضي النفقة إليه بل يسلمها إلى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج.
كيلا يتلفها في شهوات نفسه ثم يقول ضاع مني فأعطوني مثله. وهذا لأن في حالة
الحضر كان ماله في يد وليه ينفق عليه منه بحسب حاجته. ولو أراد عمرة واحدة لم
يمنع منها استحسانا. وفي القياس لا تعطى له نفقة السفر لأن العمرة عندنا تطوع فصار
كما لو أراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الإسلام. وجه الاستحسان أن العلماء
اختلفوا في فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا. ولا يمنع من القران لأنه إذا لم يمنع

من إنشاء

من إنشاء السفر لأداء كل واحد من النسكين. فلأن لا يمنع من الجمع بينهما في سفر واحد والنفقة
تقل في السفر الواحد أولى. ولو أراد أن يسوق بدنة لم يمنع منه لأن القارن يلزمه هدي
ويجزيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه أفضل. وقد اختلف العلماء في ذلك فكان ابن
عمر رضي الله عنهما يقول لا يجزيه إلا بدنة وهي هدي أو جزور. فهو إذا ساق البدنة
فقد ساق ما يقصد به التحري عن موضع الخلاف والأخذ بالاحتياط في أمر الدين وأراد
أن يكون فعله أقرب إلى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه. فإن أوصى
بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله. لأن الحجر عليه بمعنى النظر
كيلا يتلف ماله فيبقى كلا على الناس وذا فيما يفني جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث
بعد مماته. وهذا لأن أوان وجوبها بعد موته بعد ما وقع الاستغناء من المال
في أمر دنياه فإذا حصلت وصاياه على وجه يكون سببا للثواب الجزيل في آخرته
أو لاكتساب الثناء الحسن بعد موته كان النظر في تنفيذها. وقد ذكر
في المبسوط فروعا أكثر من هذا فمن رامها فليطلب ثم. وأما الحجر بسبب الفسق فعندنا
لا يحجر على الفاسق إذا كان مصلحا لماله. والفسق الأصلي والطارئ سواء. وقال
الشافعي رحمه الله يحجر عليه كما في السفيه لأن الحجر على السفيه بطريق الزجر والعقوبة
عنده. والفاسق يستحق العقوبة. ولهذا لم يجعل الفاسق أهلا للولاية والشهادة.
وعندهما بطريق النظر صيانة لماله ولا نظر هنا لأن فيه إبطال الآدمية والحاقه بالبهائم
مع عدم الصيانة لماله. فالفاسق عندنا أهل للولاية والإمارة والقضاء فيكون أهلا
للتصرف في ماله ضرورة. وقد علق الدفع بإيناس رشد واحد لأنه يكون في موضع الإثبات
فيخص والرشد في المال مراد فلا يكون الرشد في الدين مرادا. لأنه حينئذ يكون معلقا
برشدين. وأما الحجر بسبب الغفلة وهو أن لا يكون مفسدا ولكنه سليم القلب
لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة ويغبن في التجارات ولا يصبر عنها. فإن القاضي يحجر
على هذا المغفل عندهما وهو قول الشافعي رحمه الله لشاركته السفيه
في إتلاف المال فيحجر عليه نظرا له. **فصل** وإذا راهق الغلام أو الجارية الحلم
وأشكل أمره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين لأنه
أمر لا يوقف عليه إلا من جهتهما فيقبل قولهما كما يقبل قول المرأة في الحيض والسن
الذي يحكم ببلوغ الغلام والجارية إذا انتهيا إليه خمس عشرة سنة عند أبي يوسف
ومحمد والشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى. وعند أبي
حنيفة رحمه الله ثماني عشرة سنة للغلام وسبع عشرة سنة للجارية. وعن أبي حنيفة
رحمه الله في الغلام تسع عشرة سنة. وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشرة ويتم
له ثماني عشرة فلا يكون فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل
تسع عشرة. له قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده.

واشد الصبي ثماني عشرة كذا قاله ابن عباس والقتبي رضي الله عنهم • وقيل اثنان
وعشرون سنة • والاقل ما قالوا ثماني عشرة سنة فوجب ان يتعلق الحكم عليه للاحتياط ولانه
متيقن به وعلى ان الجارية اسرع ادراكا من الغلام فنقصنا في حقها سنة لاشتمالها على
الفصول الاربعة • فربما يوافق فصل منها مزاجها • ولهم ان العادة الغالبة ان العلامات
تظهر في هذه المدة فجعلنا المدة علامة في حق من لم تظهر له العلامة • وهذا اذا لم توجد
علامات البلوغ نحو الاحتلام والاحبال والانزال في الغلام • او الحيض والاحتلام والحبل
في الجارية • وان وجدت احدى هذه العلامات يحكم بالبلوغ • والاصل ان البلوغ يكون
بالانزال حقيقة ولكن الحبل والاحبال لا يكونان الا مع الانزال وكذا الحيض لا يكون
الا مع تحبل وكذا يكون بعد الانزال • فجعل كل واحد علما على البلوغ • وهذا لان البلوغ
عبارة عن بلوغ الانسان كمال الحال وذلك بكمال القوة والقوة من حيث الاسباب والالات
باستعمال الجوارح وارتفاع الموانع • وذا لا يتحقق على الكمال الا عند الاحتلام • فان
قيل البلوغ امكان استعمال ساير الجوارح ثابت دون امكان استعمال هذه الالة
فيما وضع له وهو اقتضاء الشهوة على الكمال • فان كمالها بالانزال • وادنى السن
الذي يمكن ان يبلغ فيه الغلام اثنا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين • واما
الكلام في الحجر بسبب الدين ففي موضعين احدهما ان من ركبته الديون اذا خيف
ان يلجي ماله بطريق الاقرار وطلب الغرما من القاضي ان يحجر عليه فعند ابي حنيفة رحمه الله
لا يحجر عليه القاضي • لان الحجر اهدار اقواله والحاقه بالبهائم فلا يجوز لدفع ضرر خاص
وعندهما يحجر عليه ويمنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء نظرا
لهم كما يحجر على السفيه نظرا له لانه ربما يلجي ماله فيفوت حقهم • وانما يمنع عن البيع
اذا كان باقل من ثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء فلا يمنع عنه • لان المنع لحقهم والثاني
ان لا يباع على المديون ماله في قول ابي حنيفة رحمه الله العروض والعقار فيه سواء
لانه نوع حجر • ولان بيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض فيكون
باطلا • لقوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن
تراض منكم فيكون باطلا • وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة
نفس منه • ونفسه لا تطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعله ولكن
يحبسه ابدا • حتى يبيعه في دينه ابقاء لحق الغرما ودفعا للظلم الذي تحقق بالامتناع
من قضاء الدين مع تمكنه منه • وقالا يبيع ماله ان امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين
غرمائه بالحصص لحديث معاذ رضي الله عنه فانه ركبته الديون فباع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص • ولان بيع المال لقضاء
الدين من ثمنه مستحق عليه وهو مما يجري فيه النيابة ناب القاضي منابه كالذمي
اذا اسلم عبده فابى ان يبيعه باعه القاضي عليه • وكالعنين بعد مضي المدة اذا

ابان

ابان يفارق امراته ناب القاضي منابه في التفريق بينهما وكالمجنون • قلنا خوف التلجية
موهوم فلا يجعل كالمتحقق ثم الضرر عليه في اهدار قوله فوق الضرر في حبسه • ولا
يستدل بثبوت الادنى على ثبوت الاعلى • وبيع المال ليس بطريق متعين لقضاء الدين
فقد يتمكن من اداء الدين بالاستيهاب والاستقراض واخذ الصدقة من الناس بخلاف
الجب والعنة لتعيين الطريق بالتفريق لما تحقق عجزه عن الامساك بالمعروف • واذا اصر
الذمي على الشرك فاخراج العبد المسلم عن ملكه مستحق عليه بعينه فينوب القاضي
فيه منابه والحبس ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما يختاره من طريق القضاء اي طريق
شاء • ولو جاز للقاضي بيع ماله لما اشتغل بحبسه لما في الحبس من الاضرار به وبالغرماء
بتعذيبه وتاخير حقهم فلا معنى للمصير اليه بدون الحاجة • واتفاق العلما على حبسه
في الدين دليل على انه ليس للقاضي ولاية بيع ماله في دينه • فان كان دينه دراهم
وماله دراهم قضى القاضي بغير امره اجماعا • لان للغريم حق الاخذ بلا رضاه فكان للقا ضي
ان يعينه • فان كان دينه دراهم وله دنانير او بعكسه باعه القاضي في دينه استحسانا
عند ابي حنيفة رحمه الله • والقياس ان ليس للقاضي ان يباشر هذه المصارفة لان هذا
الطريق غير متعين لما هو مستحق عليه وهو قضاء الدين فصار كالعروض • وجه
الاستحسان ان الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد معنى • ولهذا ايضم
احدهما الى الاخر في حكم الزكوة • فلو كان ماله من جنس الدين صورة كان للقاضي
ان يقضي دينه • وكذا اذا كان ماله من جنس الدين معنى • فان قيل فعلى هذا
ينبغي ان يكون لرب الدين ولاية الاخذ من غير قضاء • كما لو ظفر بجنس حقه وبالا جماع
ليس له ذلك • قلنا هما جنسان صورة وجنس واحد حكما فلعدم المجانسة صورة
لا ينفرد رب المال الدين باخذه لان فيه معنى المبادلة من وجه • ولوجود المجانسة
معنى للقاضي ان يقضي دينه بخلاف العروض والعقار لان للناس في الاعيان اغراضا
فلا يجوز للقاضي ان يبطل لغرمائه على وجه يلحق الضرر به • اما النقود فوسايل لا غرض
في اعيانها بل في ماليتها • ويبدا القاضي في البيع في الدين بالنقود ثم بالعروض ثم بالعقار
عندهما • لان ذلك اسرع لقضاء الدين وارفق بالمديون • لان الاول ابعد الثلاثة في
عن تعلق الغرض بعينه ثم وثم • ويترك عليه دست ثوب من ثياب بدنه ويباع الباقي
لوقوع الكفاية بالواحد • وقيل دستان لئلا يقعد في بيته ملوما محسورا اذا غسل
ثيابه • فان اقر في حال الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون عندهما • لان حق
الاولين تعلق بهذا المال • فلا يملك ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم • بخلاف الاستهلاك
لانه فعل حسي والحجر لا يصح في الفعل الحسي لانه لا مرد له • ولو استفاد مالا اخر بعد
الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر انما كان لصيانة محل قضاء الغرماء وحقهم تعلق بالمال
القايم في يده لا بهذا المال لعدمه وقت الحجر • وينفق على المديون المحجور وعلى زوجته

فنفقة الصغير وذوي ارحامه من ماله عندهما لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء
ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء لانه بمقدار مهر مثلها
من حوائجه الاصلية ● وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول
لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد مر هذا الفصل
بوجوهه في القضا ● وان اقام البينة انه لا مال له خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة
بالنص ● ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم به ● وان لم يكن اخرجه الحاكم
لئلا يهلك فيه ● ولا يمكن المحترف فيه من الاشتغال بحرفته في الصحيح ليضجر قلبه فيقضي
دينه ● بخلاف ما لو كانت له امة وفيه موضع يمكنه وطيها حيث لا يمنع منه ● لانه
قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بالاخرى ● ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه
من الحبس بل يلازمونه لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان ● والمراد
باليد الملازمة وباللسان التقاضي ● ولا يمنعونه من السفر والتصرف ليتمكن من الاكتساب
فيقدر على قضاء ديونهم ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء
حقوقهم في القوة ● وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ● وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين
الغرماء لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة فيجب النظرة الى الميسرة
وعنده لا يتحقق القضاء بالافلاس لان المال غاد ورائح ● ولان وقوف الشهود على
عسرته من حيث الظاهر فيصلح لدفع الحبس عن المديون لا لابطال حق الغرماء
في الملازمة الا ان يقيموا البينة على اليسار ● لان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار
لانها تقوم على الاثبات وبينة الاعسار على النفي ● وان قالوا انه كثير العيال ضيق
الحال فبينة اليسار اكثر اثباتا ● لان الاصل هو العسرة والبينات شرعت للاثبات
فما كان اكثر اثباتا كان اولى ● وتفسير الملازمة ان يدور معه اين ما دار
ولا يجلس المديون في موضع لانه حبس وهو غير مستحق ● فلو دخل المديون داره لحاجة
لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج ● اذ الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة
ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لان ما يؤثره الطالب اشد
على المديون ظاهرا فيكون افضى لقضاء الدين ● الا اذا علم القاضي انه يتعدى عليه في الملازمة
بان يمنعه من دخول داره او يتبعه في الدخول ● فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه
ولو كان الدين لرجل على امراة لا يلازمها لان فيها خلوة بالاجنبية ● ولكن يبعث
امينة تلازمها ليحصل المقصود ● ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه
فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه ● وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري
بطلب البايع ويكون للبايع خيار الفسخ لان المشتري عجز عن تسليم احد بدلي العقد
وهو الثمن ● فيثبت حق الفسخ للبايع كما لو عجز عن تسليم المبيع بالاتلاف ونحوه ● والجامع
بينهما انه عقد معاوضة فيقتضي المساواة وصار كالسلم ● فانه اذا انقطع المسلم فيه ثبت

خيار الفسخ لرب السلم كذا هنا ● ولنا ان حق الفسخ بالعجز عن تسليم المبيع وهو اصل
حتى يشترط وجوده حال البيع لا يدل على ثبوت حق الفسخ بالعجز عن تسليم الثمن وهو
تبع حتى لا يشترط وجوده ● ولان البايع عجز عن تسليم شيء هو غير مستحق بالعقد
فلا يثبت حق الفسخ باعتباره ● وهذا لان المستحق بالعقد دين في الذمة وهو عجز
عن تسليم العين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة ● الا عند التعذر كما في السلم لحرمة
الاستبدال فاعطي للدين حكم العين فصار العين مستحقا بالعقد كالدين فكان العجز
عن العين عجزا عن تسليم شيء هو مستحق بالعقد فيكون كالعجز عن تسليم المبيع والله اعلم

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة ● وفك الحجر الثابت بالرق شرعا
ودفع المانع من التصرف حكما ● واثبات اليد للعبد في كسبه بمنزلة الكتابة الا انها
لازمة لانها لا تخلو عن العوض كالملك المستفاد بالهبة مع البيع المستفاد بالبيع وهذا
لانه اهل للتصرف بعد الرق ● لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن
مميز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق ● فصلاحية
الذمة للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا يخرج من ان يكون بشرا الا ان ذمته
ضعفت بالرق فلا يحتمل الدين فيها الا شاغلا مالية الرقبة وهي حق المولى فحجر عن التصرف
لحق المولى لئلا يبطل حقه بلا رضاه ● فان اذن المولى فقد اسقط حقه فعاد العبد
متصرفا بالمالكية الاصلية ● واهليته لنفسه ● ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على
المولى كالمكاتب لانه اصيل في التصرف وحكمه ● ولو كان نائبا لرجع كالوكيل
ولهذا لا يتوقت الاذن حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا الى ان يحجر
عليه عندنا ● لان الاسقاطات لا تتوقت ● وعند زفر رحمه الله تتوقت لانه انابة
كالتوكيل ● ولا يتخصص حتى لو اذن له في نوع فهو ماذون في جميع الانواع وعند
زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع ● وعلى هذا الخلاف اذا اذن
لعبده في شراء البر وقال لا تشتري غيره يكون ماذونا في جميع التجارات عندنا
لهما انه يتصرف للمولى باذنه فلا يملك التصرف الا فيما اذن له فيه كالوكيل والمضارب والشريك
وهذا لان الرق موجب للحجر عن التصرفات ● والرق بعد الاذن قائم كما كان قبله
فيكون تصرفه بطريق النيابة عن المولى ● لانه يستفيد الولاية من جهته وما هو المقصود
بالتصرف وهو الملك يحصل للمولى لا للعبد لانه بالرق خرج عن ان يكون اهلا للملك
ولهذا لا يملك حجره ولا يملك حجر المكاتب ● ولو كان مكاتبا لما ملك حجره ● ولنا ان
الاذن فك الحجر عنه كما بينا ● واسقاط الحق والعبد بعد الاذن متصرف لنفسه
لانفكاك الحجر عنه كالمكاتب فلا يصح تخصيص المولى فيما وقع الفك عنه قياسا على الكتابة
وهذا لان تصرف العبد لاقى محله وهو ملكه والمتصرف في ملكه لا يكون نائبا
عن غيره سلمنا ان الاول التصرف بعد الاذن الشراء لانه لا يملك شيئا ليبيعه وبالشراء

يلتزم الثمن في ذمته وهي مملوكة. ولهذا لا يملك المولى الشراء بثمن يجب في ذمته عنه
ولو كانت مملوكة للمولى لملكه ولم يتصرف المولى العبد في ذمة المولى حتى يجعل
نائبا عن المولى فيكون أصيلا في التصرف بخلاف الوكيل لأنه يتصرف في مال غيره
أو في ذمة غيره لأنه يثبت للوكيل بالشراء حق الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل
التوكيل هذه الولاية. وإنما استفادها بالأمر فصار نائبا وحكم التصرف وهو ملك اليد
واقع للعبد. ولهذا كان له أن يصرفه إلى قضاء دينه ونفقته وما استغنى عنه فيثبت للمولى
على سبيل الخلافة عنه. وإذا كان الإذن من المولى إسقاطا لحقه لا إنابة للعبد مناب نفسه
في التصرف لا يعتبر تقييده بنوع دون نوع كما إذا رضي المستأجر ببيع العبد من
زيد دون عمرو. أو سلم البائع المبيع إلى المشتري قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعا
من التصرف دون نوع فإنه لا يعتبر التقييد. لأن ذلك منه إسقاط لحق المبيع. ويثبت
الإذن بالسكوت كما إذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت فإنه يصير مأذونا عندنا
خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله. ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو للأجنبي
بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا. لهما أنه إنابة والإنابة لا تثبت بالسكوت
كما لو رأى إنسانا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك التصرف بسكوته
وهذا لأن سكوته يحتمل الرضى والغضب ويحتمل السخط فلا يثبت الإذن بالشك
ألا ترى أنه لا يجوز بيعه ذلك المال بدلالة السكوت فلأن لا يجوز بيع مال
آخر بعده أولى. إذ لما لم يثبت الإذن فيه ففي غيره أولى. ولنا أن العادة جرت
بأن من لا يرضى بتصرف العبد ينهى عبده ويؤدبه عليه فإذا لم ينهه جعل سكوته
إذنا دلالة دفعا للضرر عن الناس. فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقا منه فيبايعونه
وحملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام
عند أمر يعاينه عن التغيير والتنكير وسكوت البكر والشفيع. فإن أذن له إذنا
عاما جاز تصرفه في سائر التجارات وذلك بأن يقول له أذنت لك ولا يقيده بنوع
لأن المراد جنس التجارة. وكذا إذا ذكره بلفظ الجمع. وهذا لأن الإذن لو كان
خاصا لملك التصرف على العموم كما بينا. فإذا كان عاما أولى. بخلاف ما إذا
أذن له في شيء بعينه فإن أمره بشراء ثوب للكسوة أو طعام رزقا لأهله
لأنه استخدام لا إذن. ولو صار مأذونا بهذا القدر يتعذر على الموالي استخدام
المماليك في حوائجهم. ولو قال أد إلي الغلة كل شهر كذا أو كل يوم كذا
كان مأذونا لأنه لا يتوصل إلى تحصيل الغلة إلا بالتصرف فيجعل إذنا فيه. وكذا
لو قال أد إلي ألفا وأنت حر أو قال إذا أديت إلي ألفا فأنت حر لأن هذا
تحريض على الاكتساب بما أطمعه في العتق ولا يتمكن من الاكتساب لأنا نعلم أنه
لم يطلب منه الاكتساب بالتكدي فكان إذنا في التجارة. وكذا لو قال اقعد

اقعد صباغا أو قصارا فهو إذن له في جميع التجارات. وله أن يشتري ما بدا له من الدقيق
وغيره لأن الإذن في الصباغة إذن بشراء ما لا بد لها منه وهو نوع فكان مأذونا في الأنواع
كلها. ثم إذا أذن له عاما له أن يبيع ويشتري ما بدا له من أنواع الأعيان بغبن يسير
لأن الغبن اليسير عفو لتعذر الاحتراز عنه كما جعل عفوا من الأب والوصي. وكذا
بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا لا يجوز. لأن الغبن الفاحش جرى مجرى
التبرع. ألا ترى أنه يعتبر من المريض من الثلث كسائر التبرعات. والتبرع غير داخل تحت
الإذن ولهذا لم ينفذ تصرف الأب والوصي والقاضي في مال الصبي بالغبن الفاحش
وله أنه تجارة لا تبرع لأنه وقع في ضمن عقد التجارة. والواقع في ضمن الشيء له حكم
ذلك الشيء. والمأذون في حق التجارة ملحق بالأحرار لأنه متصرف لنفسه بأهلية نفسه
لا بحكم الأمر فصح منه كما يصح من الحر ومن سواهم يتصرفون للغير فيتقيد بالنظر. وعلى
هذا الخلاف المكاتب والصبي المأذون. ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال إذا لم يكن
عليه دين. وإن كان فمن جميع ما بقي لأن اعتبار محاباة الحر من الثلث لحق الورثة
ولا إرث ولا وارث للعبد. ولا يقال أن المولى بمنزلة الوارث لأنه رضي بسقوط حقه
بالإذن فصار كالوارث إذا أسقط حقه في الثلثين فإنه ينفذ تصرف المريض في الكل
وإن كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة وإلا فاردد البيع كما
في الحر المريض المديون. وله أن يسلم ويقبل السلم إذ كل ذلك من التجارة. وله أن يوكل
بالبيع والشراء لأنه من توابع التجارة فربما لا يتفرغ التاجر بنفسه فيحتاج إلى أن يوكل
ولو اشترى المأذون عبدا فازدادت قيمته عنده بالثمن فأقال البائع البيع صح عنده
كبيعه بغبن فاحش خلافا لهما. ولو اشترى المأذون عبدا على أنه بالخيار ثلاثا فأبرأه
بائعه عن الثمن في مدة الخيار فرده بالخيار صح عنده وقد مر في كتاب البيوع في فروع
مسألة الخيار. ولو اشترى المأذون أمة بألف وقبضها ولم ينقد الثمن حتى أبرأه البائع عنه
ثم تقايلا بطلت الإقالة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنها فسخ ولا فسخ بلا ثمن
وعند أبي يوسف رحمه الله يصح لأنه بيع جديد عنده فكأنه باعها ابتداء من البائع بألف
فيرد الأمة ويأخذ. وله أن يرهن ويرتهن لأنهما من توابع التجارة إذ الأول إيفاء والثاني
استيفاء. ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء والبيوت لأن الكل من صنع التجار نة
وبالأخذ الأرض مزارعة ويشتري طعاما فيزرعه في أرضه لأن هذه تصرفات يبتغى
بها الربح. قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه. ويشارك شركة عنان لأنها
من صنع التجار بخلاف المفاوضة لأنها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها. ويدفع المال
مضاربة ويأخذها لأنه إن أخذ فقد آجر نفسه وإن دفع فقد استأجر والاستئجار
والإجارة من باب التجارة. ويؤجر نفسه خلافا للشافعي رحمه الله. له أن الإذن
بالتصرف في غير نفسه ولهذا لا يملك بيع نفسه فلا يملك العقد على منافعه لأنها تابعة لما

ولنا أن الإجارة تجارة فيملكها وهو تصرف على غير نفسه فإنه بيع المنافع لا بيع النفس
وإنما لا يجوز بيعه لأنه يبطل الإذن أصلا لأنه يحجر به وكذا رهن نفسه
لأنه إبقاء من وجه فكان بيع نفسه من وجه ولا يحجر بالإجارة ويحصل بها المقصود
وهو الربح فيملكها وما ذكر ينتقض بالحر فإنه لا يملك بيع نفسه ويملك بيع منافعه
وله أن يقر بدين لأنه قد تمس إليه الحاجة في التجارة ولو لم يصح إقراره لامتنع
الناس عن المعاملة معه ويبطل إقراره للزوج والولد والوالدين عند أبي حنيفة
رحمه الله خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء ويصح إقراره بالغصب
والوديعة لأن ضمان الغصب ضمان ومبيعه معاوضة عندنا لأنه تمليك وتملك
في المال فكان ملحقا بالتجارة ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان
الإقرار في صحته فإن كان في مرضه يقدم عليه دين الصحة كما في الحر بخلاف ما لو
أقر بجناية على عبد أو حر أو مهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو شبهة فإن إقراره
باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق لأن فك الحجر إنما ظهر في حق التجارة وهذه الديون
ما وجبت بسبب التجارة فصار إقراره فيها كإقرار المحجور سواء وليس له أن يتزوج
أو يزوج عبده أو أمته لأنه ليس من التجارة وقال أبو يوسف رحمه الله له تزويج
الأمة وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب وشريك العنان وقد مر في المكاتب
وذكر في الهداية ما يشير إلى أن الأب والوصي على هذا الخلاف وليس كذلك فقد
ذكر الحاكم في المبسوط وللأب أن يزوج أمة ابنه الصغير وكذلك الوصي ذكر
في كتاب المأذون في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله وكذا ذكر هذه
المسألة في كتاب المكاتب من غير ذكر الخلاف فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان
ولا يكاتب لأنه ليس من التجارة لأنها مبادلة المال بالمال والبدل مقابل بفك الحجر
وهو ليس من المال والإذن تناول التجارة فإذا لم يكن هذا من التجارة لم ينفذ كالتزويج
إلا أن يجيزه المولى ولا دين عليه فيصير العبد كالنائب عن المولى في الكتابة وتتعلق
حقوق العقد بالمولى لأن العبد وكيل عنه وحقوق العقد في باب الكتابة
لا تتعلق بالوكيل فلا يملك قبض البدل ولا إن أعتق عبده على مال لم يجز لأنه لم يملك
الكتابة فالإعتاق أولى ولا يقرض لأنه تبرع كالهبة ولا يهب بعوض ولا يتصدق
لأنها تبرعات وله أن يهدي طعاما يسيرا أو يضيف من يطعمه لأن التاجر يحتاج
إليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروي أنه عليه السلام كان يجيب
دعوة المملوك والمراد به المأذون لأن المحجور عليه لا يقدر على الضيافة اليسيرة لأنه
لا إذن له في التجارة فلا يثبت له ما هو من ضرورات الإذن في التجارة وعن أبي يوسف
رحمه الله أن المحجور عليه إذا دفع إليه المولى قوت يومه ودعا بعض رفقائه على ذلك الطعام
فلا بأس به بخلاف ما إذا دفع إليه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى

ولا باس

ولا بأس للمأذونة أن تتصدق من بيت زوجها بشيء يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع
رأي الزوج لأن ذلك مأذون فيه عادة وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط
التجار لأنه من صنيع التجار وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب فيكون
بسبيل منه بخلاف ما لو حط من غير عيب فإنه لا يجوز لأنه تبرع محض وليس
من جملة التجارة فيدخل تحت الإذن وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء إلا أن
يفديه المولى بقضاء الدين وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يتعلق بالرقبة
وإنما تتعلق بالكسب فلا تباع رقبته في دين التجارة ويباع كسبه في دينه بالإجماع
لهما أن رقبته ليست من كسبه فلا يباع في دينه كسائر أموال المولى وهذا لأن
رقبته ملك للمولى فلا يتعلق الدين بها بتعليقه والمولى رضي بالكسب للتعليق به دون
الرقبة لأن غرضه من إذنه تحصيل ما لم يكن لا تفويت مال قد كان وكذا في أداء
دين التجارة فأما أن يتعلق بالرقبة استيفاء منها فلا يصح فإن فضل منه شيء
عن الدين يصرف إلى المولى بخلاف دين الاستهلاك فإنه يباع فيه لأنه لا تعلق
له بالإذن فإن وجوبه بالجناية وقبل الإذن يباع بدين الاستهلاك فكذا بعده
ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لأنه وجب بسبب التجارة وإذنه
قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر
عن الناس وهذا لأنه لا بد من محل يستوفى منه وأقرب المحال إليه نفسه لأنه
وجب عليه وهو مال وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل للغير على المعاملة معه
فيصلح غرضا للمولى من هذا الوجه ويفوت الضرر في حق المولى بدخول ما اشترى
في ملكه ولا تنافي بين تعلقه بالكسب وتعلقه بالرقبة فيتعلق بهما لكن
يبدأ بالاستيفاء من الكسب لأنه أمكن توفير حق الغرماء مع تحصيل مقصود
المولى فإن لم يوجد الكسب فيستوفى من الرقبة وإطلاق لفظة الديون تتناول
دينا وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع وظهور المبيع معيبا وقد امتنع رده
أو استحقاقه والثمن هلك في يده والشراء والإجارة بأن يستعمل الأجير ثم هلك
المستأجر قبل تمام المدة والاستئجار وضمان المغصوبات والودائع والأمانات
إذا جحدها لأنه يصير مضمونا عليه وبالضمان يملك المضمون فصار من قبيل
ضمان التجارات وما يجب من العقر بوطء أمة اشتراها فاستحقت إذ وجوبه بسبب
الشراء فإنه لولاه لوجب عليه الحد سواء ثبت بإقرار أو بالبينة ويقسم بينهم
ثمنه بالحصص لأن ديونهم متعلقة بالرقبة فيتحاصون في الاستيفاء من البدل
كما في التركة فإن فضل شيء من ديونهم طولب به بعد عتقه لتقرر الدين في ذمته
وعدم وفاء رقبته ولا يباع ثانيا دفعا للضرر عن المشتري ولأنه لو علم المشتري
أنه يباع ثانيا عليه يمتنع من الشراء فيمتنع البيع ويتعلق دين التجارة بالكسب الحاصل

قبل الدين وبعده لأنه إنما يثبت للمولى بشرط الفراغ من الدين بطريق الخلافة كما
في التركة. وتتعلق بما يقبل من الهبة والصدقة. وقبل لحوق الدين أو بعده. وقال
زفر رحمه الله الهبة للمولى لا حق للغرماء فيها لأنها ليست من التجارة فلا يتعلق بها
حق الغرماء. ولنا أن الأصل في كسب العبد أن يقع للعبد لأنه كاسبه وإنما
يقع للمولى بطريق الخلافة فكان من شرطه الفراغ عن حاجة العبد وهذا مشغول
بحاجة العبد ولا يتعلق بكسبه الذي انتزعه المولى من يده قبل الدين بل يسلم
للمولى ما أخذ منه. لأنه لما انتزعه من يده وهو فارغ عن حاجته وجد شرط
الخلوص للمولى فيسلم له. فلو كان المولى يأخذ الغلة من العبد كل شهر له أن
يقبض الغلة مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس أن لا يجوز لأن الدين
مقدم على حق المولى في الكسب. وجه الاستحسان أن في ذلك نفع الغرماء
لأن حقهم يتعلق بمكاسبه ولا تحصل المكاسب إلا ببقاء الإذن في التجارة.
فلو منعناه من أخذ الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب. فلو أخذ
أكثر من غلة مثله رد الفضل على الغرماء لتقدم حقهم ولا ضرورة فيها. ويحجر
إن حجر وعلم أكثر أهل سوقه. وقال الشافعي رحمه الله يصح الحجر عليه
بغير علم العبد وأهل السوق. ولنا أنه لو صح الحجر عليه بغير علمهم لتضرروا به لأنه
إن اكتسب شيئا فالمولى يأخذه دينا فالمولى يبرهن أنه كان قد حجر عليه فيتأخر
حقهم إلى ما بعد العتق ولا يدرى أيعتق أم لا. ويشترط علم أكثر أهل سوقه
فإنما يصح الحجر إذا علم بالحجر أكثر أهل سوقه حتى لو حجر في السوق وليس فيه إلا
رجل أو رجلان لا ينحجر ولو بايعوه جاز. وإن بايعه الذي علم بحجره. وإن حجر
عليه في بيته بحضرة من أكثر أهل سوقه ينحجر لأن المقصود ليس عين السوق
حتى لو أتى السوق ليلا وحجر عليه لا ينحجر بل المعتبر شيوع الحجر واشتهاره لأنه في وسع
المولى فيقام ذلك مقام علم جميع أهل السوق وبمنزلة الخطاب بالشرائع. فإن الذمي
إذا أسلم في دار الحرب لم يلزمه القضاء ما لم يعلم. لأن حكم الخطاب منتشر في دار
الحرب. ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل
دفعا للضرر عنه. فإنه يتصرف على زعم الإذن فيلزمه قضاء الدين من خالص
ماله بعد العتق ولم يرض به. وإن علم بالإذن رجلان أو ثلاثة فالحجر يكون
بحضرة من هؤلاء ولا يصح بما دونه بأن يحجره في بيته. وإن لم يعلم بالإذن إلا العبد
فالحجر يكون بحضرة من العبد. ولا يصح إذا كان دونه بأن يحجره في بيته بغير محضر
من العبد. فإن مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب صار المأذون محجورا. لأن الإذن
غير لازم وما لا يكون لازما يعطى لدوامه حكم الابتداء. لأنه لما كان غير لازم
كان له ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه غير مفسوخ بمنزلة ابتداء العقد.

وإذا

وإذا كان كذلك فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء كما يشترط للابتداء
وقد زالت بالموت والجنون وكذا باللحوق لأنه موت حكما حتى يعتق مدبره
وأم ولده ويقسم ماله بين ورثته. وإذا أبق العبد صار محجورا عليه. وقال الشافعي
رحمه الله يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن. فإن المحجور عليه إذا أبق فأذن
له في التجارة وعلم به العبد صار مأذونا. فلأن لا يمنع بقاءه وهو دونه أولى وصار
كالغصب فإنه إذا أذن للمغصوب صح ولو غصب المأذون لا يبطل الإذن. ولنا
أن دلالة الإذن كالتصريح بالإذن فكذا دلالة الحجر كالتصريح بالحجر وقد وجد
دلالة الحجر. إذ الظاهر أن المولى لا يرضى بتصرف الآبق المتمرد وإنما يرضى بتصرف من هو
تحت طاعته ليتمكن من قضاء دينه بكسبه. والإباق عندنا يمنع ابتداء الإذن كذا
ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله في مبسوطه. قلنا إن منع وبعد التسليم
فالدلالة ساقطة العبرة عند التصريح بخلافها. وانتزاع المغصوب ومكاسبه
من يد الغاصب متيسر بالمرافعة إلى الحاكم وعرض الحال على الإمام. وإذا أذن لأمته
في التجارة ثم ولدت من مولاها يحجر. وقال زفر رحمه الله لا ينحجر اعتبارا للبقاء
بالابتداء. فإنه لو أذن لها بعد الاستيلاد يصح. والاستيلاد حجرها كالتدبير. ولنا
أن الإنسان يحصن أم ولده في العادة ولا يرضى بخروجها لأنها تصير فراشا له بمنزلة
المنكوحات فصار ذلك حجرا دلالة ودليل الحجر كصريحه. بخلاف ما إذا أذن لأم ولده
في التجارة لأنه صرح بخلاف المعتاد. وإنما تعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها
فأما التصريح بخلاف العادة فلا كتقديم المائدة بين يدي إنسان يحصل إذنا في التناول
عادة. إلا إذا صرح وقال لا تأكل. فإن قيل كيف يبطل الإذن نصا بدلالة الحجر
والشيء لا ينتقض بما هو دونه. قلنا لا نسلم بأنه أذن لها نصا بل هذا افتراض منك. ولئن
سلم فبقاء الإذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا الحجر ثبت بالدليل فكان
أقوى. وإن دبر المأذونة لا تحجر لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم توجد
دلالة الحجر فبقيت كما كانت ولا تنافي بين حكمي الإذن والتدبير. فحكم الأول انفكاك
الحجر وحكم الثاني حق العتق في الحال وحقيقته في المآل. وحق العتق إن لم يرد في انفكاك الحجر
عنه فلا يؤثر في الحجر عليه. ويضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتها للغرماء إن ركبتها
ديون. لأنه أتلف محلا تعلق به حق الغرماء لأنه امتنع البيع بفعله وبالبيع يقضى
حقهم. وإذا حجر على المأذون فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة رحمه الله.
ومعناه بأن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده
وقالا لا يصح إقراره ويؤخذ بعد العتق وما في يده لمولاه. لأن صحة إقراره على وجه يطالب
به في الرق إن كانت باعتبار الإذن فقد زال بزواله كالبيع. وإن كانت باعتبار اليد
فقد بطلت يده بالحجر فصار كما لو انتزع المولى من يده الكسب فإنه لم يصح إقراره.

بالدين في حق ذلك الكسب فكذا اذا حجر عليه ● وبعد الحجر لا يملك شغل الكسب بالدين
فصار كما لو ثبت حجره في ضمن بيعه بان باع المأذون من غيره فانه لا ينفذ اقراره
ولان رقبته وكسبه كانا سواء في حق الاخذ بالدين حال الاذن ● وبالحجر بطل الاقرار
في حق اخذ الرقبة فكذا يبطل في حق الكسب ● وله ان اقراره في هذا المال انما صح في
حال اذنه باعتبار يده على المال لا باعتبار الاذن ● ولهذا لو اخذ المال منه ولم يحجر عليه
لم يصح اقراره فيه لعدم يده ويده باقية بعد الحجر عليه ما لم يأخذ المال منه ● لان
شرط سقوطها بالحجر فراغ ما في يده من حاجة العبد ولم يثبت ذلك لكون الاقرار
دليل الحاجة فيصح اقراره فيه كما قبل الحجر بخلاف ما اذا اخذه المولى من يده قبل اقراره
لانه لم يبق هناك شيء من اثار ذلك الاذن ويد المولى عليه باقية حقيقة وحكما ● فلا تبطل
باقراره ● وبخلاف رقبته فانها لا تباع بدين اقر به بعد الحجر لانها ليست من كسبه
وملكه في رقبته ظاهر قبل الاقرار رقبته ويدا فلا يبطل باقرار العبد بخلاف ما اذا
باع المولى العبد المأذون وفي يده كسب فاقر فانه لا يصح لانه صار كعبد اخر لتجدد الملك
فيه على ما مر غير مرة ● فصار بمنزلة شخص اخر بحكم تبدل الملك فلا يبقى ما ثبت بحكم ذلك
الملك ● وانما يملك العبد كسبه بحكم ذلك الملك الا ترى انه لا يستوفي حقوق عقد باشره
عند الاول وان كان يستوفيها بعد الحجر قبل البيع ● وعلى هذا اذا حجر العبد المأذون
وفي يده الف فاقر بعد ما اذن له ثانيا بالف كان لزمه في الاذن الاول قضى من ذلك
الالف عنده ● وعندهما هذا الالف عنده وعندهما هذا الالف للمولى فيصح هذا الاقرار
فيؤمر المولى بقضاء الدين ويباع فيه ● واذا لزمه ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك
سيده ما في يده من كسبه ● ولو اعتق من كسبه عبدا بطل اعتاقه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يملك ما في يده من كسبه ● وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته ● لان سبب ثبوت
ملك الكسب ملك الرقبة ● لان ملك الاصل علة ملك الفرع وهو مالك لرقبته حتى يملك
اعتاق العبد المأذون ووطي المأذونة ● وهذا امارة كمال ملكه ● لان الوطي لا يحل
بدونه وتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يمنع ملك المولى لرقبته ● بخلاف الوارث عند
استغناء الميت عنه نظرا له ● ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب
انفع له ● ومتى كان على الميت دين يقدم حق الغريم على الوارث لان النظر تعين فيه
لان قضاء الدين فرض عليه وهو حايل بينه وبين ناره والمولى لا يملك كسب عبده باعتبار
النظر للعبد لانه ليس باهل للملك مع قيام رقه ● وهذا المعنى قايم بعد ثبوت الاذن
وبعد قيام الدين ايضا فملك اكسابه ● وله ان العبد متصرف لنفسه وقضيته
ان يقع الكسب له وانما يقع للمولى على سبيل الخلافة عنه فكان من شرطه فراغه عن حاجة
العبد ● ولهذا لو امتنع عن الانفاق او ارباب الاكتساب والانفاق على نفسه ورد ما فضل عن
حاجته على سيده ● والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه المولى فيه لفوات شرطه

كما لا يثبت للوارث الملك في التركة اذا كان على الميت دين محيط ● فان قيل المولى
كيف يتلقى الملك من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل لملك المال وشرط الخلافة تصور
الاصل ● قلنا العبد ليس باهل لملك المال وشرط الخلافة يستقر لكنه اهل لملك يتنقل
الى غيره اذا فرغ عن حاجته ● وهذا لان العبد من حيث هو ادمي بمنزلة الحر ومن
حيث انه مال مملوك كالبهيمة ● ولو كان حرا مطلقا لملك المال ملكا مستقرا
ولو كان مملوكا مطلقا كالبهيمة لم يملك اصلا فقلنا بانه يملك ملكا مستقلا عملا بالشبهين ● واذا
عرف ثبوت الملك وعدمه عرف نفاذ العتق وعدمه لانه فرعه ● ثم يعد عندهما
يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به ● وكذا لو قال له هذا ابني وهو مجهول النسب
لا يثبت نسبه منه عنده ● وعندهما يثبت ويعتق ويضمن قيمته للغرماء لابطال
حقهم ● وكذا لو قتل عبدا عبده المأذون المديون يغرم قيمته في ثلاث سنين ●
لانه لا يملك فهو كقتل عبد لاجنبي فكان ضمان جناية ● وعندهما عليه قيمته للحال
لانه يملكه فهو اتلاف كسب عبده ولكن فيه حق الغرماء فضمن حقهم للحال وان
لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته صح عتقه عندهم ● اما عندهما فظاهر وكذا عنده
في قوله الاخر ● وفي قوله الاول لا يملك ولا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه ● وفي
حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن ● وجه قوله الاخر ان الشرط
هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز ان يمتنع الملك في الكل ● لان
شرط عدم الملك في الكل لم يوجد ● ولا يجوز ان يمتنع الملك في الكل لان شرط عدم
الملك في الكل لم يوجد ● ولا يجوز ان يمتنع بقدره لان البعض ليس باولى من البعض فيثبت
الملك في الكل ● واصله ان استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة ● وان
كان الدين غير محيط بالتركة ففي قول ابي حنيفة رحمه الله الاول كذلك ● وفي قوله الاخر
يملك الوارث جميع التركة وسيجيء تقريره ان شاء الله تعالى ● ولم يصح بيعه من سيده
الا بمثل القيمة ● اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع متاعه من مولاه بمثل قيمته
جاز لانه غير متهم في ذلك فانه ليس في تصرفه ابطال حق الغرماء عن شيء تعلق به حقهم ●
بخلاف ما اذا باع المريض شيئا من وارثه بمثل قيمته فانه لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله
لحق سائر الورثة ● لان حقهم متعلق بعين ماله ● حتى كان لاحدهم استخلاص العين
باداء قيمته الى الاخر الغرماء ● ولو اراد بعض الورثة استخلاص شيء لنفسه واداء القيمة
الى الاخر ليس له ذلك ● وهنا المنع لحق الغرماء وحقهم في المال دون العين ● حتى كان للمولى
ان يستخلص اكسابه لنفسه بقضاء الدين من موضع اخر ● وليس في البيع بمثل القيمة
ابطال حقهم عن شيء من المال فيجوز ● وان باعه من المولى بنقصان لم يجز فاحشا كان
الغبن او يسيرا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه متهم في حقه ● بخلاف ما اذا حابى
الاجنبي عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه ● وقال ابو يوسف ومحمد

رحمهما الله إن باعه من المولى جاز البيع فاحشاً كان الغبن أو يسيراً. ولكن يخير المولى
بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع. لأن في المحاباة إبطال حق الغرماء عن شيء من المالية
وفيه إضرار بهم والعبد متهم في حق المولى وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع
من الأجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز. ولا يؤمر المشتري بإزالة الغبن وهنا يؤمر
المولى بإزالة الغبن عندهما. لأن الغبن اليسير دائر بين الوجود والعدم لدخوله
تحت تقويم المقومين فاعتبرناه موجوداً في حق المولى للتهمة ومعدوماً في حق الأجنبي
لعدمها عملاً بالشبهين. وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالغبن الفاحش حيث
لا يجوز عندهما أصلاً. ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة الغبن. لأن المحاباة من
العبد المأذون لا تصح عندهما إلا بإذن المولى والمولى أذن له في ذلك البيع من نفسه
بدلالة الإقدام عليه ولم يأذن له في البيع بغبن فاحش من الأجنبي فافترقا. وهذا
الذي ذكرنا بعض قول المشايخ رحمهم الله. وقيل الصحيح أن قوله كقولهما لأن المولى
بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون الإذن. فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى
وصار العبد في تصرفه مع مولاه كمريض مديون في تصرفه مع الأجنبي. وبعكسه
صح مطلقاً أي إن باع المولى من العبد متاعاً بمثل قيمته أو أقل جاز البيع. أما عنده فلأن
المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين. وأما عندهما فلأن جواز البيع يعتمد الفائدة
وقد وجدت. فإنه يخرج من كسب العبد إلى ملك المولى ما كان المولى ممنوعاً عنه
قبل ذلك بحق الغرماء. ويدخل في كسب العبد ما لم يكن تعلق به حق الغرماء. فإن سلم
المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لأنه بتسليم المبيع يسقط حقه في الحبس وملك اليد
كان باقياً له. فلو بقي الثمن يبقى ديناً في ذمة العبد والمولى لا يستوجب على عبده ديناً.
بخلاف ما إذا كان الثمن عرضاً فإن المولى أحق بذلك الثمن من الغرماء لأنه بالعقد ملك
العرض بعينه فلا يجب دين في ذمته. ويجوز أن يكون عين ملكه في يد عبده وهو
أحق به من الغرماء كما لو غصب من ماله أو أودع ماله عند عبده. وإن حبسه
في يده حتى يستوفي الثمن جاز كما لو باعه من مكاتبه. وهذا لأن البائع له حق
حبس المبيع حتى كان أخص به من الغرماء. لأن البيع يزيل العين عن ملك البائع ولا
يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن. ولأن للدين تعلقاً بالعين قبل التسليم وهو المبيع
فصار له شبه بالعين فيجوز للمولى حق فيه كما في العين ولهذا يستوجب بدل
الكتابة على المكاتب وهو دين لما أنه مقابل لرقبة المكاتب. بخلاف ما إذا سلم لذهاب التعلق
به أصلاً فصار ديناً مرسلاً. والحاصل أن ما وجب من الثمن قبل التسليم ليس بدين مطلق
فجاز القول بجوازه وبعد التسليم صار ديناً مطلقاً فوجب القول بسقوطه. ولو باع
المولى متاعه من عبده بأكثر من قيمته بقليل أو كثير فالزيادة لا تسلم للمولى
لكونه متهماً في المعاملة مع المولى بحق الغرماء. ويكون المولى بالخيار إن شاء نقض البيع.

وإن شاء

وإن شاء حط الفضل عن القيمة صيانة لحق الغرماء. كذا ذكر شمس الأئمة السرخسي وغيره
رحمهم الله في شرح المبسوط من غير ذكر الخلاف. ويحتمل أن يكون البيع فاسداً
عند أبي حنيفة رحمه الله على قول بعض المشايخ رحمهم الله كما في الفصل الأول. قال وهو
منصوص عليه في الحصر وغيره. ولو أعتق المولى عبده المأذون وعليه ديون صح إعتاقه
لأن ملك الذات قائم. ونفاذ العتق يبتنى عليه وضمن المولى للغرماء قيمته إذا كانت
مثل الدين أو أقل لأنه بالإعتاق فوت عليهم محلاً تعلق به حقهم بيعاً واستيفاء من
ثمنه فلا وجه لرد العتق لحقيقة الملك فأوجبنا الضمان دفعاً للضرر عن الغرماء. وما
بقي من الديون طولب العبد به بعد عتقه لأن الدين في ذمته ولم يلزم المولى إلا بقدر
ما أتلف فبقي الباقي عليه كما كان. وإن كان الدين أقل من قيمته ضمن قدر الدين فقط
لأن حقهم بقدره ولم يتعلق بالزيادة. وإذا أذن للمدبر وأم الولد في التجارة فلحق كل
واحد منهما دين فأعتقه المولى فلا ضمان عليه من الدين ولا من قيمة المدبر وأم الولد
لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع لتعذر بيعهما فلم يكن المولى بالإعتاق
مبطلاً حقهم فلا يضمن شيئاً. فإن باعه المولى وعليه دين محيط برقبته وقبضه المشتري
وغيبه فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع. لأن كل واحد منهما متعد البائع ببيعه وتسليمه
إلى المشتري والمشتري بالقبض والتغييب فإن شاؤوا أجازوا البيع وأخذوا ثمنه
لأن لهم ذلك بالإذن السابق وللإجازة اللاحقة كالإذن السابق كما إذا باع الراهن
ثم أجاز المرتهن البيع. بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجازه لأنها وقعت
غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ أحكام الكفالة ولزومها على الإجازة. ولا كذلك
هنا ولم يصر المولى مختاراً للقضاء ما عليه ببيعه كما صار مختاراً للفداء ببيع الجاني
بعد علمه بالجناية. لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمته فإذا فعل شيئاً
يمتنع به الدفع يصير مختاراً للفداء. والدين هنا واجب على العبد وأمكن استيفاؤه
منه بعد العتق فلا يصير مختاراً فإن ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب
فللمولى أن يرجع بالقيمة على الغرماء ويكون حق الغرماء في العبد لأنه ارتفع سبب الضمان
وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب
كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا. ثم هذا البيع فاسد لأنه باع مالاً
يقدر على تسليمه كبيع الجذع في السقف والآبق. فإن باعه من رجل وأعلمه بالدين
وجاء الغرماء بعد ما قبض المشتري العبد فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم بالرقبة
استسعاء وبيعاً في كل واحد منهما فائدة. فالاستسعاء تام مؤجل والبيع ناقص معجل
وبالبيع فاتت هذه الخيرة. فلهذا كان لهم أن يردوه. وقالوا تأويله إذا لم يصل
إليهم الثمن وإن وصل إليهم الثمن ولا محاباة في البيع فليس لهم أن يردوا البيع لأن حقهم
متعلق برقبة العبد استيفاء إذا لم يصلوا إلى الثمن. فإن كان البائع غائباً فلا خصومة

بينهم وبين المشتري إذا انكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وقال
أبو يوسف رحمه الله المشتري خصم ويقضى لهم بديونهم • وعلى هذا الخلاف إذا اشترى
دارا ووهبها وسلمها وغاب الواهب ثم حضر الشفيع والموهوب له ليس بخصم عندهما
خلافا له • وعندهما مثل قوله في الشفعة • لأبي يوسف رحمه الله أن ذا اليد يدعي
الملك لنفسه في هذا العين فيكون خصما لمن ينازعه فيما في يده • كما لو ادعى ملكه
العبيد لا نفسهم • ولهما أن الدعوى تنتظم فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري
فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه • ومن قدم مصرا وقال
أنا عبد فلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة • والمسألة على وجهين أحدهما
أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل • والقياس
أن لا يصدق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه السلام البينة
على المدعي • وجه الاستحسان أن الناس تعاملوا ذلك وإجماع الناس حجة يخصص
بها الأثر ويترك بها القياس والنظر • ولأن في ذلك ضرورة وبلوى • فإن الإذن لا بد
منه لصحة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن • والأصل أن ما ضاق على الناس
أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته • وكذلك هذا القياس والاستحسان
في دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبههما • وثانيهما أن يبيع ويشتري
ولا يخبر بشيء والقياس أن لا يثبت الإذن لأن السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت
لأن الظاهر أنه مأذون لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت
الجواز إلا بالإذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا
للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خبر العدول • وفي
الاستحسان لا يشترط للضرورة والبلوى • فإذا ثبت أنه مأذون صحت تصرفاته
ولزمته الديون فيستوفى من كسبه • فإن لم يكن في الكسب وفاء لم يبع رقبته حتى
يحضر سيده لأنه لم يصدق على مولاه • وليس من ضرورة الإذن بيع الرقبة فالمدبر
المأذون لا تباع رقبته • فإن حضر مولاه فأقر بالإذن بيع في الدين لأن الإذن بالتجارة
رضا ببيع رقبة المأذون بالدين • وإن قال هو محجور فالقول له لتمسكه بالأصل

فصل

وإذا أذن للصبي وليه في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون
إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه • وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ
ويبطل إذنه لأنه محجور عليه شرعا لصباه وهو قائم مع الإذن فيبقى الحجر ببقائه كما
قبل العقد • ولأنه مولى عليه في التصرف حتى يملكه الولي ويملك حجره فلا يصلح أن
يكون وليا لأن الأول سمة العجز والثاني آية القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان
وصار كالطلاق والعتاق فإنهما لا ينفذان منه بالإذن بخلاف الصوم والصلاة والوصية
واختيار أحد الأبوين على أصله • لأن الولي لا يتولاها • ولا يكون موليا عليه فيها •

فصححناها

فصححناها منه • أما البيع والشراء فالولي يتولاهما فلا ينفذ منه ضرورة • وعلى هذا
الأصل قال بعدم صحة إسلامه • ولنا أن التصرف المشروع صدر من أهله مضافا إلى
محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون • ولا خفاء في شرعية
التصرف والمحلية وكذا في الأهلية • لأن الأهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان
لا عن تلقين وهذيان والكلام فيه فثبتت الولاية صونا لكلامه عن الإلغاء والصبا
سبب الحجر لعدم هدايته في التصرفات • لأن الظاهر أنه لا يأذن له حتى يعرف هدايته
فيها • وبقاء ولاية الولي لنظر الصبي ليتوسع طريق النيل على الإصابة فيستوفي المصلحة
بطريقين بمباشرة الولي ومباشرة الصبي وتمكنه من حجره لاحتمال تبدل حاله
من الهداية إلى غيرها • ومتى جعلناه وليا باعتبار أصل الأهلية لم نجعله فيه موليا عليه
ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الأهلية لم نجعله وليا فيه • والحاصل أن الصبي
مستحق للنظر مصون عن الضرر • والتصرفات ثلاثة أنواع ضار محض كالطلاق
والعتاق والهبة والصدقة فلا يملكه الصبي وإن أذن له الولي • ونافع محض كقبول
الهبة والصدقة فيملكه بغير إذنه • ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة
والنكاح فيملكه بالإذن ولا يملكه بدونه • لأن الصبي العاقل يشبه البالغ من حيث
أنه عاقل مميز • ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث أنه لم يتوجه عليه الخطاب
وفي عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في
الضار المحض وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الإذن وبالبالغ عند الإذن لرجحان
جهة النفع على الضرر بدلالة الإذن • ولكن قبل الإذن يكون منعقدا موقوفا على إجازة
الولي لأن فيه منفعة ليصير مهتديا إلى وجوه التجارات عارفا بأنواع المعاملات
ممتازا عن الحيوانات • حتى لو بلغه فأجازه نفذ عندنا خلافا لزفر رحمه الله لأنه توقف
على إجازة وليه وقد صار وليا بنفسه • ووليه أبوه ثم وصي الأب ثم الجد ثم وصيه ثم
الوالي ثم القاضي أو وصي القاضي • وأما الأم أو وصي الأم فلا يصح منهما الإذن له في التجارة
وكذا إذن أمير الشرط ومن لا يقلد القضاء له في ذلك باطل • لأنه لا ولاية لهؤلاء عليه
في تصرف نفسه وماله • وهذا لأن أمير الشرط فوض إليه أمر خاص لا تقليد القضاء
فلا يلي التصرفات على الناس • والشرط أن يعتقد أن البيع سالب للمبيع والشراء جالب
ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش لا نفس العبارة • لأن كل صبي إذا لقن البيع
والشراء يتلقنهما والتشبيه بالعبد المأذون يفيد أن ما يثبت في العبد من الأحكام
يثبت في حقه لأن الإذن فك الحجر كما مر • وهذا في الصبي أظهر لكونه أهلا للملك
المستقر والعبد ليس بأهل له • والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كان أو صبيا
فلا يتقيد تصرف الصبي بنوع دون نوع • ويصير مأذونا بالسكوت ولا يملك تزويج
عبده وكتابته وله أن يأذن له في التجارة كالعبد غير الأب والجد لا يتولى طرفي

عقد المعاوضة • لأن حقوق العقد ترجع إلى العاقد فيصير الواحد مطالِبا ومطالَبا ومسلِّما
ومتسلِّما وهو محال • وكذا الأب والجد قياسا وهو قول زفر رحمه الله ويجوز استحسانا •
لأن الأب بكمال الشفقة قام مقام شخصين ورأيه مقام رأيين فيجعل كأنه باع منه
وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الأبوة لا بحكم العقد نيابة عنه حتى إذا بلغ الصغير كانت
العهدة على الصغير • وفيما إذا باع ماله من أجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الأب
فإن كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي إلى الاستحالة • اشترى مال طفله
أو باع ماله بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريت له لأن كلامه قام
مقام كلامين • ولأن نفس القبول لا يعتبر وإنما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطي
بلا إيجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضى • ولو وكل رجلا أن يبيع عبده من ابنه
الصغير أو يشتري عبده له ففعل لا يصح لعدم كمال الشفقة فلا يمكن إلحاقه بالأب
فبقي على أصل القياس • إلا إذا كان الأب حاضرا وقبل فإنه يجوز وتكون العهدة من
جانب الابن على أبيه ومن جانب الأب على الوكيل • لأن تصرف الأب لنفسه
مباح وللصغير فرض لأنه من باب النظر فيجعل الأب متصرفا للصغير تحقيقا
للنظر • ولو وكل رجلا ببيع مال ولده فباع من موكله أو باع الأب مال أحد طفليه
بمال الآخر أو أذن لهما أو لعبديهما أو جعل لكل وكيلا أو وصيا صح • ولو أذن لهما أو لعبديهما
فرضيتهما فتبايعا لم يجز لأنهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك ذلك بنفسه
فكذا الصبيان • بخلاف ما لو أذن للأب لأنه لو فعل ذلك بنفسه صح • فكذا
إذا فعل بإذنه • وصح بيع الوصي ماله من الصبي أو شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو أن
يبيع ما يساوي درهمين بدرهم وقيل ما يساوي ألفا بثمانمائة • وهذا عند أبي
حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة • وله أن الوصي مختار الأب
ولكنه قاصر الشفقة فيعتبر حقيقة النظر ليلحق بالأب • ويروى رجوع أبي يوسف إلى قول
أبي حنيفة رحمه الله • وصح إقراره على نفسه بدين أو بما في يده من كسبه • وكذا ما ورثه
في ظاهر الرواية • وعن أبي حنيفة رحمه الله لا يصح إقراره فيما ورثه عن أبيه لأن صحة
إقراره في كسبه لحاجته إلى ذلك في التجارات ولا حاجة في الموروث عن أبيه • وجه
الظاهر أنه بانضمام رأي الولي التحق بالبالغ وكل واحد من المالين ملكه فارتفع عن
حاجة الغير فيصح إقراره فيهما ولا يصح إقرار الوصي عليه لأنه ليس من ضرورات التجارة
أما إقراره فمن ضروراتها لأنه لا يمتنع الناس عن المبايعة خوفا عن توى أموالهم والإذن
القصدي لا يصح في الصبي والعبد بدون العلم • وإذا كان في ضمن الأمر بالبيع أو الشراء
ففيه روايتان • والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا بإذن
الأب والوصي والجد دون الأخ والعم وحكمه حكم الصبي • ولو اشترى أب أو وصي أمة
للصغير أو للمعتوه وهي ذات رحم محرم من الصغير أو المعتوه لا ينفذ عليهما وإنما

ينفذ

ينفذ على الأب أو الوصي لأنه لا نظر في هذا • فصل الأصل أن الدين المحيط بالتركة
يمنع الإرث لأنه يجري في المال الفارغ عن حاجة الميت • فإذا كان عليه دين كان مشغولا
بحاجته • وغير المحيط لا يمنع الإرث استحسانا • لأن التركة لا تخلو عن قليل
الدين • ولو امتنع الإرث باعتباره يمتنع الإرث في كل التركات • ودين العبد لا يمنع
الإرث في العبد وإن كثر لأن المانع حاجة الميت ودين العبد من حوائج العبد
ويبدأ بدين العبد من ثمن العبد لأن حاجة العبد مقدمة على حاجة سيده في ماليته
ودينه حاجته وصاحب الدين على العبد إذا ملك العبد سقط الدين • لأن المولى لا
يستوجب على عبده دينا • من عليه ألف دين وترك عبدا يساوي ألفا ولا مال له غيره
وابنين ولأحد الابنين على العبد خمسمائة دين يباع العبد ويقضى من ثمنه دين
العبد أولا ولا يسقط شيء من دين الابن لأن دين الميت يستغرق التركة فيمنع
الإرث ثم الباقي يصرف إلى دين الميت • لأنه مال الميت لكونه بدل ملكه • ولو كان
دين الميت خمسمائة والمسألة بحالها صار ميراثا ويسقط نصف دينه لأنه ملك رب
الدين نصف العبد فيباع العبد ويقضى ما بقي من دين الابن أولا وذلك مائتان
وخمسون لأنه دين العبد ثم يقضى دين الميت خمسمائة فيبقى من ثمن العبد مائتان [وخمسون]
فتقسم بين الابنين أثلاثا • ثلثاه لرب الدين إرثا وثلثه للآخر لأنه قضى نصف نصيبه
دين العبد فيجعل ذلك كالقائم في يده أو كالمصروف إلى حاجة له أخرى • وإن لم
يكن للابن دين على العبد • ولكن الميت أوصى لرجل برقبة العبد وللموصى له على العبد
دين خمسمائة ودين الميت خمسمائة نفذت الوصية لأن الدين على الميت غير مستغرق
فلا يمنع الإرث ولا يمنع الوصية • لأنها أخت الميراث فملك الموصى له ثلث العبد
فسقط ثلث دينه ويبدأ بدينه من ثمنه وما فضل عن دين سيده يقسم بين
الموصى له والورثة نصفين لاستواء الحقين • ولو كان دين سيده ألفا لا يسقط
شيء من دين الموصى له • لأن الدين مستغرق فيمنع الوصية فيباع العبد • ويقضى
دين الموصى له أولا ثم دين الميت • صحيح وهب عبده لرجل له على العبد دين وسلمه
سقط دينه ثم للواهب أن يرجع في هبته في ظاهر الرواية • لأن العبد حاله صورة
ومعنى وسقوط الدين زيادة من حيث القيمة فلا يمنع الرجوع كزيادة السعر
وروى الحسن عن أبي حنيفة والمعلى عن أبي يوسف وهشام عن محمد رحمهم الله أنه
لا يرجع وهو القياس • لأن سقوط الدين عنه زيادة في المعنى والزيادة المتصلة تمنع الرجوع
فإذا رجع الواهب عاد الدين عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله • له أن الدين
سقط والساقط لا يعود • ولأبي يوسف رحمه الله أن الدين ما سقط بإسقاطه وإنما سقط
بملك الرقبة فإذا انتقض الملك انتقض السقوط • كما لو صالح عن دين على عرض وسقط
الدين ثم لو هلك العرض قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين • وكذا لو باع العبد الجاني

وهو لا يعلم بالجناية فصار ضامناً جنايته قيمته ثم انفسخ البيع تعود الجناية ويبطل الضمان
مريض وهب عبده لغريم العبد وسلمه اليه سقط دينه. فاذا مات ولم تجز الورثة
تنتقض الهبة في الثلثين ويعود ثلثا الدين عند ابي يوسف رحمه الله لما مر. ولو اوصى
لعبده لغريم العبد قبل الموصى له بعد الموت سقط ثلث دينه ويباع نصيب الورثة
وهو ثلثا العبد بثلثي دينه وسلم ثلث العبد للموصى له ولا يرجع عليه الورثة لقسمة
العبد بالحجر حتى وبدوا الخروج عن بعضهم بعد القسمة وان القسمة لا تبطل كذا هنا
وفي الهبة لا يسلم للموهوب له ثلث العبد الا ان يسقط دينه. لان المعادلة تعتبر وقت
القسمة. لان نصيب الكل كان مشغولاً بالدين الا انه زال الشغل عن نصيب الموصى له
بعد القسمة. وفي الهبة انما تقع القسمة بين الورثة وبين الموهوب له بعد الموت
فتعتبر المعادلة في هذه الحالة ملك الورثة مشغول بالدين وملك الموهوب له فارغ
عن الدين فلهذا كان لهم حق الرجوع بثلثي ما في يده وهو الثلث. واذا رجعوا في ثلثي
الثلث عاد الدين بقدره ولم يسلم لهم ذلك ثم يرجعون بثلثي ما بقي من الثلث هكذا
الى ان تنتقض الوصية في الكل. فيقال للموهوب له ان شئت تسلم لك العبد بالهبة واسقط
دينك والا تنتقض الهبة في الكل على ما بينا. والاصل ان اجارة العبد للتجارة اذن له بالتجارة
حتى لو لحقه دين بسبب التجارة يتعلق برقبته وكسبه ويباعان به والعبد وكيل في
حق المستأجر لان حكم عقده يقع للمستأجر بحكم الامر فيراعى احكام الوكالة بينهما حتى
يرجع بالعهدة على المستأجر ويطالبه بالثمن. رجل اجر عبده شهراً للتجارة فاتجر ولحقه
دين طولب العبد بحقوقه لانه العاقد ورجع على المستأجر بما ادى. وكذا ان رجع
قبل الاداء لانه في حق المستأجر كالوكيل بالشراء وحكمه هذا. فان لم يكن للعبد كسب
والمستأجر فقير يباع العبد بدين الغرماء. لان الدين ظهر في حق المولى وللمولى ان يفديه
استخلاصاً لملكه ويرجع بما فدى على المستأجر لانه مضطر في ذلك فصار كأنه
فدى بامره. وما فضل من دين الغرماء على المستأجر فيقبضه منصوب القاضي لا العبد
لانه صار محجوراً بالبيع ولا الغرماء لان العقد لم يجر بينهما. فان مات المستأجر ولم
يؤد الفضل ولم يرد ثمن العبد الى المولى ضرب سيده بثمنه في تركته والغرماء بفاضل
دينه. ولو امره ان يتجر في الخز فاتجر في غيره نفذ على سيده لانه خالف المستأجر
فلا ينفذ عليه فيقع لمولاه ويباع به ويؤخذ بالفضل بعد عتقه. ولو امر سيده
بشراء شيء بعينه فاشترى ولحقه دين يباع به ويؤخذ سيده بالفضل لان العبد
هنا كالوكيل بالشراء لانه يتصرف برأي المولى لا برأي نفسه ولهذا لم يصر مأذوناً
بالتجارة بخلاف ما سبق. مدبر مأذون امر رجلاً بشراء امة بنقد صح وطولب
المديون بالثمن لانه العاقد وبيع عبده المرهون وبدل طرفه المقطوع بدينه. واذا
بيع الموهوب والمدفوع وصرف ثمنهما الى البائع يرجع المدبر على الامر بثمن الموهوب.

لانه

لانه بدل كسب مشغول بدين فلا يسلم لمولاه ما لم يفرغ عن الدين ويرجع سيده
بثمن المدفوع على الامر لانه بدل ملكه. اذ المدبر بجميع اجزائه كان ملكاً للمولى وقد
قضى به دين الامر فيرجع عليه. ولو قتل المدبر خطأ تجب قيمته ويصرف الى الغرماء
لان حق الغرماء كان متعلقاً برقبته وقد امتنع بيعه بمانع ولا مانع في بدله فيصرف اليه
ولو كان المأذون حراً وقتل خطأ فديته لغرمائه ولا يرجع ورثته على الامر الا بما
فضل. عبد كفل عن رجل باذنه باذن سيده يباع به الا ان يفديه سيده ويرجع
بقيمة العبد اذا بيع بالفداء اذا فدى على المكفول عنه لانه قضى دينه من مال نفسه
بامره. مدبر مديون قطع يده عبد ودفع به ووهب له عبد ثم ان المولى اعتق المدبر
لا يضمن شيئاً لانه لم يتلف حق الغرماء. لان حقهم كان في استسعاء المدبر وهو باق
فلو اراد المدبر ان يبيع العبد الموهوب له لدينه له ذلك لانه كسبه وقد تعلق به
دينه ولا حق للمولى فيه. وليس له ان يبيع العبد المدفوع لقضاء دينه لانه بدل ملك المولى
فكان للمولى والغرماء احق بالصدقة والولد من المولى خلافاً لزفر رحمه الله. له ان هذا دين
لحقه بسبب التجارة فلا يقضى الا بما عنده من مال التجارة. وقلنا هذا من كسبه فيستحق
بدينه كمال المستفاد بالتجارة. ولو كان على العبد المأذون الف حال والف مؤجل
فباعه القاضي بالفين ودفع الالف الى صاحب الدين الحال ودفع الالف الى المولى فاذا حل
الدين الآخر اعطاه المولى ذلك وهذا عندنا. وقال زفر رحمه الله يدفع اليهما في الحال
لان الدين تحول الى الثمن فصار كتحوله الى التركة وثم يحل الدين المؤجل كذا هنا.
ولنا ان الدين في الذمة ولم يتحول الى الثمن فانه لو هلك كان كل الدين على العبد فبقي
الاجل فلا يطالب في الحال. والله اعلم

كتاب الغصب

هو في اللغة اخذ الشيء ظلماً وقهراً. يقال غصب على الرجل الشيء وغصبه منه وغصبه
اياه غصباً. ويقال للمغصوب غصب تسمية بالمصدر. وفي الشريعة اخذ مال
متقوم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ان كان في يده او يقصر يده ان لم يكن في يده
حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصباً. لانه بالاستخدام
او الحمل اثبت يد التصرف عليه وذلك يوجب قصر يد المالك عنه. وان جلس على بساط
غيره او فراشه لم يكن غاصباً لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك
وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلاً يده. وشرطه ان يكون
المأخوذ مالاً متقوماً. وحكمه المأثم والمغرم عند العلم وان كان بدون العلم بان
ظن ان المأخوذ ماله او اشترى عيناً ثم ظهر استحقاقه فالمغرم. لان الضمان انما يجب
جبراً لحقه لتفويته وحقه شيء عين. وان كان الاخذ معذوراً لجهله وعدم
قصده دون المأثم لان الاثم مرفوع عن العباد حالة الخطأ بقوله عليه السلام رفع
عن امتي الخطأ والنسيان والمراد الاثم وقد قال تعالى ليس عليكم جناح فيما

اخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم. ويجب على الغاصب رد عينه على المالك لقوله عليه السلام
على اليد ما اخذت حتى ترد. وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ متاع اخيه
لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه. والرواية في المصابيح لاعبا جادا اي لا يريد سرقته
ولكن يريد ادخال الغيظ على اخيه فهو لاعب في مذهب السرقة جاد في مذهب ادخال
الغيظ على اخيه. وفي المبسوط لاعبا ولا جادا ومعناه ظاهر. وقال عليه السلام
من وجد عين ماله فهو احق به. ومن ضرورة كونه احق بالعين وجوب الرد على الجاني
ولانه فوت عليه يده بالاخذ واليد لصاحب المال في ماله مقصود بها يتوصل الى التصرف
والانتفاع وتحصيل ثمرات الملك فعليه نسخ فعله دفعا للضرر وانما وجوب رد عينه
عليه فهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا عنه لانها قاصرة والكمال
في رد الصورة والمعنى. وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين. ولهذا الوابراء
عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان. ولولا ان الموجب
الاصلي القيمة لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ولو كفل بالمغصوب ولو
لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين. والواجب الرد في المكان الذي غصبه لان
قيم الاشيا تختلف باختلاف الاماكن. غصب طعاما فاطعمه المالك من غير ان يعلمه
بري عندنا لوصول عين ماله اليه. وعند الشافعي رحمه الله لا يبرا لانه ليس باداء
ما امر به لانه غرور اذ الانسان يرغب في اكل مال الغير ما لا يرغب في اكل
مال نفسه. ولو علم بانه ملكه لما اكله. قلنا هذه العادة مخالفة للديانة الصحيحة
فكانت لغوا. والغرور انما وقع بجهله وكفى به عارا فكيف يصلح عذرا ابتداء لاقامة
الفرض. فان عجز عن رد عينه بهلاكه في يده بفعله او بغير فعله فعليه مثله
ان كان مثليا كالمكيل والموزون لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل
ما اعتدى عليكم. وتسمية الفعل الثاني اعتداء بطريق المقابلة لقوله تعالى وجزاء سيئة
سيئة مثلها والمجازاة لا تكون سيئة. ولان الواجب ضمان الجبر والجبر انما يتحقق بايجاب
المثل لان حق المستحق مراعى في الصورة والمعنى وفيه اعتبارهما فكان اعدل من القيمة
التي فيها مراعاة المعنى وهو المالية فحسب. فان لم يقدر على مثله بالانقطاع عن ايدي
الناس فعليه قيمته يوم الخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله. وقال ابو يوسف يوم
الغصب. وقال محمد يوم الانقطاع لان الغصب اوجب المثل خلفا عن رد العين وانما
يصار الى القيمة للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع من ايدي الناس فيعتبر قيمته يوم
الانقطاع. ولابي يوسف رحمه الله ان المثل لما انقطع التحق بما لا مثل له في وجوب اعتبار
القيمة والخلف انما يجب بالسبب الذي يجب به الاصل وهو الغصب فيعتبر قيمته
يوم الغصب. ولابي حنيفة رحمه الله ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى
وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل

ولا ينقطع

ولا ينقطع الاحتمال بالانقطاع ولكن بالخصومة والقضاء. ولهذا لو صبر الى مجيء اوانه
كان له ان يطالبه بالمثل فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء. بخلاف ما اذا كان المغصوب
مما لا مثل له لانه غير مطالب باداء المثل بل هو مطالب باداء القيمة باصل السبب فتعتبر
قيمته عند ذلك. ان كان المغصوب مما لا مثل له كالعدديات المتفاوتة كالثياب
والدواب فعليه قيمته يوم غصبه. وقال مالك رحمه الله يضمن مثله صورة من جنس
ذلك لما تلونا. ولنا ما روي عن شريح رضي الله عنه من كسر عصا فهي له وعليه مثلها قيمتها
وهو المراد بالمثل المذكور في النص. ولان قيمة الشيء معنى ذلك الشيء والمعنى هو الاصل
دفعا للضرر بالقدر الممكن. والعددي المتقارب كالجوز والبيض والفلس كالمكيل حتى
يجب المثل عندنا لان احادها لا تتفاوت. وعند زفر رحمه الله عليه القيمة لانها ليست
بامثال متساوية ولهذا لا يجري الربا. وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له. فان
ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم انه لو كان باقيا لاظهره ثم قضى عليه ببدله لان
الحق متعلق بالعين وللناس اغراض في الاعيان فلا يقبل قوله في الهلاك حتى يحصل له غلبة
الظن بمضي مدة او باقامة بينة. وهذا كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فانه يحبس
الى ان يعلم ما يدعيه من الافلاس ومدة التلوم موكول الى راي القاضي لان نصب المقادير
بالراي لا يكون. واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة وهذه المسئلة
تدل على ان الواجب الاصلي رد العين. ولو برهن المالك انه مات عند الغاصب وقلب
الغاصب فبينة الغاصب احق عند محمد رحمه الله لان وجوب الضمان بالغصب ثابت
ظاهرا واثبات الرد عارض والبينة لمن يدعي خلاف الظاهر. وقال ابو يوسف رحمه الله
بينة المالك احق لان حاصل اختلافهما في الضمان وفي بينته اثباته والغصب فيما ينقل
ويحول لانه ازال المال عن ملك المالك باثبات اليد عليه فلا يمكن تحقيقه الا فيما ينقل ولا في
العقار الذي لا يستطاع نقله وتحويله. فلو غصب عقارا في يده بان غلب السيل على الارض
فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء لم يضمن
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله. وقال محمد وزفر والشافعي رحمه الله وهو قول
ابي يوسف اولا لانه اثبت يده عليه على وجه تضمن تفويت يد المالك عنها ضرورة لان
اجتماع اليدين على الكمال لا يتصور في محل واحد في حالة واحدة. واذا انتفت يد المالك
وثبت يده ثبت الوصفان فيجب الضمان ولهذا يجب ضمان العقار بالجحود في الوديعة
ولنا ان الغصب لا يتصور في العقار فلا يجب ضمان الغصب. وهذا لان الغصب
ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة لان الواجب ضمان عدوان فيعتمد التفويت وازالة
المحل عن يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل كما في المنقول وذلك لا يتصور في العقار
وانما يتصور منع المالك عنه. ومنع المالك تصرف في المالك لا في المحل فلا يجب ضمان
المحل كما لو بعد المالك عن المواشي حتى تلفت مواشيه. والاصح ان جحود الوديعة

بمنزلة الغصب فلا يكون الضمان في العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولئن سلم فالضمان ثم بترك الحفظ الملتزم وربما يجحد تاركه لذلك • وعلى هذا إذا باع دارا لرجل وأدخلها المشتري في بنائه يضمن البائع عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف آخرا • وعند محمد رحمه الله يضمن قيمتها • ومعنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشتري كذا ذكره فخر الإسلام رحمه الله في الجامع الصغير وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المبسوط • فإن كان غاصب الدار باعها وسلمها ثم أقر بذلك وليس لرب الدار بينة فإقراره في حق المشتري باطل لأن المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في إبطاله • ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله الآخر لأنه مقر على نفسه بالغصب أو أن البيع والتسليم غصب والغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار • وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرجوع عن الشهادات أنهم إذا شهدوا بدار لإنسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه • فقيل ذلك قول محمد رحمه الله • لأن تسليطهم الدار بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الدار بالبيع والتسليم إليه وقيل بل هو قولهم والفرق بين الفصلين لهما أن الضمان الواجب بالشهادة ضمان إتلاف • فإن إتلاف الملك على المشهود عليه قد حصل بشهادتهم • حتى لو أقام البينة لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالإتلاف وهنا إتلاف الملك لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن إثبات ملكه بالبينة ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنها ملكه قضي له بها • فلهذا لا يكون الغاصب ضامنا وما نقص بفعله وسكناه ضمنه عندهم وذلك بأن هدم شيئا أو انهدم بسكناه • لأنه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالإتلاف لأن الإتلاف يتحقق فيه كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في العين • وجاز أن لا يضمن بالغصب ويضمن بالإتلاف كالحر • وإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض والعقار يضمن بالإتلاف فيأخذ الغاصب رأس ماله • أي البذر وما أنفق وما غرم من النقصان • ويتصدق بالفضل • وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق • وصورته ما إذا غصب أرضا وزرع فيها كرين وأخرجت أربعة أكرار ونقصتها الزراعة ما يبلغ قيمته كرا ولحقه من المؤن ما يبلغ كرا وأخذ منه ضمان النقصان فإنه يتصدق بكر لأنه زرع ولحقته مؤنة كر وضمن قدر قيمة كر فيفضل الخارج عن رأس ماله بكر فيتصدق به لأنه ربح ما لم يملك • وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق به لأن المنهي عنه ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن • وإذا هلك الغصب أي المغصوب المنقول في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه لما مر أن الغصب فيما ينقل • وهذا لأن العين دخلت في ضمانه بالغصب لأن السبب للضمان

وعند

موجبا

العين على

[illegible]

وعند العجز عن رده تجب القيمة على قول من جعل الموجب الأصلي القيمة ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب • وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه دخل في ضمانه بالغصب بجميع أجزائه فما تعذر رد عينه تجب رد قيمته • ولا يضمن ما نقص من السعر لأن الذات لم تتغير عما كان عليه • وتغير السعر يرجع إلى رغبات الناس دون فوت الجزء بخلاف المبيع فإن المبيعة إذا اعورت في يد البائع لا يجب شيء في مقابلته ولكن يتخير المشتري بين أن يأخذها بكل الثمن أو يتركها لأنه ضمان عقد والعقد يرد على الأعيان لا على الأوصاف • أما ضمان الغصب فمتعلق بالفعل والفعل حل الذات بجميع الأجزاء والأوصاف فكانت مضمونة • وهذا في غير الربوي • أما في الربوي بأن يغصب حنطة فعفنت عنده أو إناء فضة فانهشم في يده فصاحبه بالخيار إن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربو • وقال الشافعي رحمه الله له أن يضمنه النقصان • وإن غصب عبدا فاستغله أي آجره وأخذ غلته فنقصته الغلة ضمن النقصان لما مر وتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق • وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار • وأصله أن الغلة للغاصب عندنا خلافا للشافعي رحمه الله • لأن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب وهو الذي جعل منافع العبد بعقده مالا فكان هو أولى ببدلها ويؤمر أن يتصدق بها لأنها مستفادة له بسبب خبيث وهو التصرف في مال الغير والحكم يثبت مضافا إلى سببه فلا بد من ثبوت الخبث فيها بحكم ذلك السبب وسبيل مثلها التصدق وحكم الملك يثبت فيها بالاستناد لكن الاستناد ثابت من وجه ولهذا يظهر في القائم لا في الغائب فلا يزول به الخبث ولأبي يوسف رحمه الله أن هذا ربح حصل في ضمانه وملكه فيطيب كالمبيع إذا تعيب بعد القبض أما الضمان فلأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلأنه يملك من وقت التعدي إذا ضمن بطريق الاستناد • فإن مات العبد وضمن قيمته له أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة لأنها ملكه والخبث لحق المالك والتصدق بها لم يكن حتما عليه • ولهذا لو سلم الغلة إلى المالك مع العبد كان للمالك أن يتناولها وإن كان غنيا كان الغاصب باع المغصوب وأخذ ثمنه واستهلكه ومات العبد عند المشتري فضمن المالك المشتري قيمته رجع الغاصب على المشتري بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه • ثم لا يستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن لأن الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا يزول بالوصول إليه بخلاف الأول فإن الخبث لحق المالك فيزول بوصول الغلة إليه • إلا أن لا يكون عند الغاصب ما يؤدي به الثمن فلا بأس بأن يؤدي من الغلة حينئذ • لأنه محتاج إلى تفريغ ذمته وتخليص نفسه عن الحبس • وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه لأن حاجته مقدمة على حق الفقراء • فلو أصاب

بعد ذلك ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه
ومن غصب ألفا فاشترى بها أمة فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين أمة فباعها بثلاثة
آلاف فإنه يتصدق بكل الربح وهو ألفان وهذا عندهما وأصله أن المودع أو الغاصب
إذا تصرف في الوديعة أو المغصوب وربح تصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به وقد قررنا الدلائل وجوابهما في الوديعة
أوضح لأن الملك لا يستند إلى ما قبل التصرف لعدم سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه
وهذا أوضح فيما يتعين بالإشارة كالعرض ونحوه لأن العقد يتعلق به حتى لو هلك
قبل القبض يبطل البيع فيستفيد الرقبة والبدل في البيع بملك خبيث فيتصدق به. أما فيما
لا يتعين كالدراهم والدنانير فقد ذكر في الجامع الصغير إذا اشترى بها فإنه يتصدق
بالربح فظاهر هذه العبارة تدل على أنه إذا أشار إليها ونقد منها. وكان الكرخي يقول إنه
على أربعة أوجه إما أن أشار إليها ونقد منها أو أشار إليها ونقد من غيرها أو أطلق إطلاقا
ونقد منها أو أشار إلى غيرها ونقد منها. وفي كل ذلك يطيب له إلا إذا أشار إليها ونقد
منها لأن الإشارة إليها لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها إلا أن يتأكد
بالنقد منها. قال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب بكل حال أن يتناول من المشتري
قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب
في الجامعين والمضاربة. وحاصله أنه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة
أو الشبهة ثبت الخبث ولا يثبت في الدراهم إلا الشبهة لأنه إذا أشار لم يتعين
إلا أنه في حكم جواز العقد بمعرفة النقد والقدر. وإذا نقد استفاد به سلامة المشتري وإذا
أشار ولم ينقد استفاد بالإشارة جواز العقد لمعرفة النقد والمقدار. وإذا نقد
ولم يشر استفاد بها سلامة المشتري وإما أن يصير عنها عوضا فلا يثبت لأنه لا يثبت
إلا الشبهة وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الخبث. وإن اشترى بالألف
أمة تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء عندهم لأن الربح لا
يتبين إلا عند اتحاد الجنس لأن الربح فضل والفضل إنما يكون بعد المساواة وهي
إنما تتحقق عند التجانس ولا تجانس فلا تساوي فلا فضل. ولأن الخبث يعمل في التصدق
لا في التضمين إذ الإنسان لا يضمن بإتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا
إلا بواسطة التضمين ولا سبيل إلى التضمين فيسقط أصلا.

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها
وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له
الانتفاع بها حتى يؤدي ضمانها كمن غصب شاة فذبحها وشواها أو طبخها أو حنطة
فطحنها أو زرعها أو نواة فغرسها أو حديدا فاتخذه سيفا أو صفرا فعمله آنية
وهذا كله عندنا. وعند الشافعي يضمنه. وعند زفر رحمه الله وأبي يوسف

انه يزول

أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع فيشترى له به حنطة مثل حنطته. فإن مات
الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء لأنه زال ملكه ويده بسبب
يرض به. فلو زال ملكه بسبب هو راض به كالبيع لا ينقطع حقه إذا زيلت يده بغير
رضاه بأن قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع فهذا أولى أن ينقطع حقه. للشافعي
رحمه الله أن العين باقية فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة لأن المالك صاحب أصل
والغاصب صاحب صفة والصفة قائمة بالأصل تابعة للموصوف فيترجح صاحب الأصل
على صاحب التبع. وهذا لأن الدقيق حنطة فرقت أجزاؤها وتفريق الأجزاء لا يوجب
انقطاع حق المالك كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة. ولأن فعله
عدوان فلا يصلح سببا للملك فلغا فعله والتحق بالعدم وصار كأن الحنطة وقعت
في الطاحونة وصارت دقيقا فإنها تكون للمالك. ولنا أنه استهلك الحنطة وحصل
عينا أخرى تسمى دقيقا فيكون المستهلك مضمونا عليه بمثله. والمحصل له لأنه كسبه
والكاسب أحق بكسبه وإن كان في محل مملوك للغير لأن الحكم يضاف إلى العلة
لا إلى المحل. وهذا لأنه تبدل الاسم والهيئة والمقصود. وكل موجود من الحوادث
يعرف بصورته ومعناه فتبدل الاسم والهيئة دليلا على المغايرة صورة وتبدل المقصود
دليل على المغايرة معنى. وإذا ثبتت المغايرة بينهما وقد ثبت الثاني فيكون الأول مستهلكا
ضرورة أن الشيء الواحد يستحيل أن يكون شيئين. وإذا أهلك الأول بفعله صار ضامنا
مثله والدقيق حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين
هالكة من وجه فصارت الصنعة راجحة في الوجود وترجيحه يرجع إلى الحال والرجحان
في الذات أحق من الحال لأنها تابعة للذات وفعله إنما صار محظورا من حيث تفويت
يد المالك لا من حيث إحداث الصنعة ومن حيث أنه محظور لا يوجب الملك والقبح والذبح
لا يفوت اسم العين. يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتأريب لا يفوت
ما هو المقصود بالذبح بل يحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك تبدل بل العين فبقيت
مملوكة لصاحبها. وهذا الوجه شامل للفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها
ثم القياس وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبي حنيفة رحمهم الله للغاصب أن
يأكل هذا الدقيق وينتفع به قبل أن يؤدي الضمان لأنه ملكه حدث بكسبه والملك
مطلق التصرف. ولهذا لو وهبه أو باعه صح. وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع
به ما لم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي عليه بالضمان لأن النبي صلى الله عليه وسلم
كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدم إليهم شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها
ولا يسيغها فقال إنها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال الأنصاري كانت شاة أخي
ولو كانت أعز منها لم ننفس عليه بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال عليه السلام
أطعموها الأسارى فأمر بالتصدق بها. فبان منه أن الغاصب قد ملكها لأن مالك

الغير يحفظ عليه عينه اذا امكن وثمنه بعد البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه وانه
لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء ولانا متى ابحنا الانتفاع قبل ان يرضيه
كان فتحا لباب تناول الناس بالباطل فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة العدوان
ونفاذ بيعه وهبته لثبوت ملكه بجهة محظورة كالمقبوض بالبيع الفاسد واذا
ادى البدل يباح له التناول لان حق المالك صار موفى بالبدل فتحققت بينهما
مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه لان حقه يسقط بالبراءة وكذا اذا ادى
بالقضاء او ضمنه المالك او ضمنه الحاكم لوجود الرضى منه لان الحاكم لا يضمنه الا
بعد طلبه فكان راضيا به. ثم عند ابي يوسف رحمه الله فيما اذا غصب حنطة
فزرعها او نواة فغرسها يباح الانتفاع قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل
وجه ولم تبق عين يتعلق بها حق المغصوب منه فيباح الانتفاع به بخلاف غيرهما
لقيام العين فيه من وجه. وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما
بناء على ما مر. وان غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك
مالكها عنهما عند ابي حنيفة رحمه الله ولا شي للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه
مثلها لتبدل الاسم بالصنعة والمقصود. فالتبر والنقرة لا يصلح راس مال الشركة
والمضاربة والمضروب يصلح لذلك فصار كالمسائل المتقدمة. وله ان اسم العين
الذهب والفضة وهو باق بعد الصنعة ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا
وهذا المعنى لا ينفك عن الذات حتى يجري فيه الربوا باعتبار الوزن وصلاحيته لراس
مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا العين والصنعة فيهما غير متقومة مطلقا
الا ترى انه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها. وفيما تقدم الصنعة متقومة مطلقا
وتبدل الاسم والمعنى الاصلي يستدل على بقاء العين المغصوبة. ومن غصب ساجة وبقا
فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها. وقال الشافعي رحمه الله للمالك
اخذها ونقض البناء لان الغاصب متعد فلا ينقطع بتعديه حق المالك عن ماله كما
لو غصب ولم يبن عليها. ولانه وجد عين ماله فيكون احق به بالحديث. ولنا ان
الغاصب جعل الساحة تبعا لملكه فينقطع به حق المالك كما لو خاط بالخيط
المغصوب بطن امته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته. وهذا لانه
لو باع دارا وهذه الساحة موضوعة فيها لم تدخل في البيع ولم تستحق بالشفعة
ولو ادخلها في بنائه دخلت في البيع وتستحق بالشفعة. ولا سبيل الى نقض بنائه
لان البناء مال الغاصب لانه حاصل بصنعته وهو معصوم متقوم كمال المالك
وفي نقضه اضرار به بلا خلف وضرر المالك فيما قلنا مجبور بالضمان
وذكر الكرخي ان موضع المسئلة فيما اذا ادخل الساحة في بنائه بان بنا حولها لا
عليها لانه لا يكون متعديا بالبناء في ملكه فلا ينقض. فاما اذا بنى على الساحة

فهي متعد

فهو متعد في هذا البناء. والساحة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما في الساحة. مسئلة
ولكن هذا ضعيف. فانه لو غصب نقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها
وهو في هذا العمل هنا متعد لان عمله في ملك الغير. فدل انه لا فرق بين ان يكون
عمله في ملك الغير او في ملك نفسه وهو الصحيح. ولو ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار
ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها. وكذا الجزور وكذا اذا قطع
يدها او رجلها. وهذا لان الذبح استهلاك من وجه باعتبار فوات بعض
المقاصد فانه يفوت به بعض ما كان مقصودا من النسل والدر والحمل. وليس
باستهلاك من وجه لبقاء بعضها وهو اللحم فيتخير. وروى الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يضمنه شيا اذا اخذها لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة من حيث التقريب
الى الانتفاع باللحم وما ذكره في ظاهر الرواية اصح. لانه نقصان باعتبار تفويت
بعض المنافع. ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك
ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من وجه بقطع طرفها فانه لا ينتفع
بها بعد هذا القطع لان منفعتها منفعة الحمل والركوب وقد فاتت بعده.
بخلاف ما لو كان المغصوب عبدا او امة فقطع منه يدا او رجلا فانه ياخذه مع
ارش المقطوع. لان الادمي بقطع طرف منه لا يصير مستهلكا لبقائه صالحا لما كان
صالحا له من قبل. ومن خرق ثوب غيره خرقا فاحشا فصاحبه بالخيار ان شاء ضمن
الغاصب كل قيمة ثوبه وكان الثوب للغاصب لانه مستهلك من وجه فانه لا يصلح
لجميع ما كان صالحا له قبله. وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعيب من
وجه لكونه قايما حقيقة وكذا بعض المنافع قايم. وان خرقه خرقا يسيرا
ضمن الغاصب نقصانه واخذ رب الثوب ثوبه لان العين قايم من كل وجه فبهذا
القدر من الخرق لا يخرج من ان يكون صالحا لما كان صالحا قبله وانما يكون النقصان
في قيمته فيضمنه ذلك النقصان. والصحيح ان الفاحش ما يفوت به شي من المنفعة
وانما يدخل فيه النقصان. لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا
فاحشا والفائت به بعض المقاصد. ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له
اقلع الغرس والبناء وردها الى مالكها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق. ولان الارض
لا تغصب فيبقى حق المالك كما كان. والغاصب جعلها مشغولة فيؤمر بتفريغها
كما لو شغل ظرف غيره بطعامه. فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن
له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكون له ومعناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه
فيه [illegible] فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء امر بقلعه
فيضمن فضل ما بينهما لان فيه رعاية للجانبين. ثم في وضع المسئلة اشكال لانا بينا
ان الغصب لا يتحقق في العقار. والجواب ان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق

فيه

لأصل الغصب ألا ترى إلى قوله عليه السلام من غصب شبرا من أرض طوقه الله تعالى
من سبع أرضين. ولأن المجاز شائع في كلام العرب فيجوز أن يستعمل فيها مجازا
لتصوره بصورة الغصب. ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن
فمالكه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن
شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما. وقال الشافعي رحمه الله
في الثوب لمالكه أن يمسكه ويأمر الغاصب بإزالة الصبغ عن ثوبه بالغسل بالقدر
الممكن ويضمنه نقصان الثوب إن انتقص بذلك ثوبه لأنه متعد في الصبغ فلم
يكن له عرق والتمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز كما
لو غصب ساحة وبنى فيها. ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبغصبه لا تسقط
حرمة ماله فيجب صيانتهما ما أمكن وذا في إيصال معنى مال أحدهما إليه وإبقاء
حق الآخر في عين ماله وذا فيما قلناه من التخيير غير أنا أثبتنا الخيار لرب الثوب لأنه
صاحب أصل والغاصب صاحب وصف فكان إثبات الخيار لصاحب الأصل أولى
لأن الأصل قائم بنفسه وقيام الوصف به بخلاف البناء في الساحة لأنه أمكن إيصال
عين كل واحد منهما إلى صاحبه بالنقض لأن النقض بعد النقض قائم فيصل إليه عين ماله
وهنا بالغسل لا يصل إليه عين ماله لأن الصبغ يتلاشى بالغسل. وبخلاف ما إذا انصبغ
بهبوب الريح فإنه لا يثبت الخيار لرب الثوب بل يؤمر بدفع قيمة الصبغ لأنه لا جناية
من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ. وقال أبو عصمة
رحمه الله في أصل المسألة وإن شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب رب الثوب
بقيمة ثوب أبيض ورب الصبغ بقيمة الصبغ. وهذا أحسن لأنه طريق إيصال الحق
كل واحد منهما إلى صاحبه معنى. ويتأتى قول أبي عصمة رحمه الله فيما إذا انصبغ
الثوب بنفسه أيضا. والجواب في السمن كالجواب في الصبغ إلا أنه يضمن في السويق
المثل لأنه من ذوات الأمثال والثوب من ذوات القيم فيضمنه قيمته. وقال
في المبسوط يضمن قيمة سويقه وإن كان السويق كيليا لأنه متفاوت عادة بتفاوت
القلي فلم يبق مثليا كالخبز. وقيل المراد به المثل وإنما سماه قيمة لقيامه مقامه. والصفرة
كالحمرة. فإن صبغه الغاصب أسود فلرب الثوب أن يأخذه ولا يعطيه شيئا
عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن السواد نقصان. وعندهما السواد زيادة كالحمرة
والصفرة. وقيل هذا اختلاف عصر وزمان. فإنه أجاب على ما شاهد في عصره
من عادة بني أمية وأنهم كانوا يمتنعون عن لبس السواد. وهما أجابا على ما شاهدا
في عصرهما من عادة بني العباس بلبس السواد. وقيل السواد يزيد في قيمة بعض
الثياب وينقص من قيمة بعض الثياب كالعصب ونحوه. فإن كان المغصوب
ثوبا ينقص بالسواد من قيمته فالجواب ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وإن كان ثوبا

يزيد السواد في قيمته فالجواب ما قالاه لأنه بمنزلة الحمرة والصفرة. فإن كان ثوبا تنقصه
الحمرة بأن كان قيمته ثلاثين درهما فتراجعت قيمته بالصبغ إلى عشرين درهما
فعن محمد رحمه الله أنه ينظر إلى ثوب فيه الحمرة. فإذا كانت الزيادة خمسة يأخذ رب
الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب لأن صاحب الثوب استوجب عليه نقصان
قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة
قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة. **فصل** ومن غصب عينا
فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها عندنا. وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها
لأن الغصب عدوان محض فلا يكون موجبا للملك لأنه حكم مشروع فيستدعي سببا مشروعا
حا والتعدي لا يكون مشروعا لأن أدنى درجاته أن يكون مباحا. والتعدي لا يكون مباحا
وصار كغصب المدبر. ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب بكماله رقبة ويدا فوجب
أن يزول ملكه عن المبدل إلى ملك من وجب عليه البدل إذا كان المبدل محتملا للنقل
عن ملك إلى ملك دفعا للضرر عنه وتحقيقا للعدل كما في سائر المبادلات. وهذا لأن
الضمان بدل العين والأصل في الضمان أن يجب بقدر ما فوت لأن العدل إنما يتحقق
بإيجاب مثل الفائت فإذا ثبت له الملك في البدل يدا وذاتا جعلناه مقابلا بالأصل
يدا وذاتا فيزول ملكه عن المغصوب شرط الحكم شرعي وهو الضمان وهو شرع
جبرا ولا جبر مع بقاء الأصل على ملكه. إذ الجبر يعتمد الفوات وشرط الشيء تابع له
فيصير حسنا بحسنه. وإنما قبح لو كان الملك يثبت بالغصب مقصودا. فإن قيل
لو كان شرط القضاء بالقيمة زوال ملكه عن العين أو كان الضمان بدلا عن العين
لزال الملك به عن المدبر كما لو قضى بجواز بيع المدبر. قلنا نعم يزول المدبر به عن ملك
المولى لكونه مالا مملوكا تحقيقا للشرط المشروع وهو وجوب الضمان لكن لا يدخل
في ملك الغاصب صيانة لحقه. على أن ضمان المدبر مقابل بالفائت وهو اليد دون
الرقبة لأنه غير قابل للنقل وهذا طريق جائز ولكن لا يصار إليه عن المقابلة بالرقبة
إلا عند العجز. لأن فيه اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وهو عدول عن سنن
العدل. والقول في قيمته قول الغاصب مع حلفه لأن المالك يدعي عليه الزيادة
وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه. إلا أن يقيم المالك بينة بأكثر من ذلك لأنه نور دعواه
بالحجة الملزمة. فإن ظهر المغصوب وقيمته أكثر مما ضمن وقد ضمنه بقول مالكه
أو ببينة أقامها أو بنكول الغاصب عن اليمين فهو للغاصب ولا خيار للمالك لأنه رضي
بالمبادلة بهذا القدر حيث ادعى هذا القدر ولم يدع الزيادة. وإن كان ضمنه بقول الغاصب
مع حلفه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين ورد العوض لأن رضاه
بهذا القدر لم يتم حيث ادعى الزيادة. وإنما أخذ دونها لعدم البينة. ولو ظهر المغصوب
وقيمته مثل ما ضمنه أو دونه وقد ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب

وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له لأنه يؤثر عليه بدل ملكه بكماله. وجه ظاهر
الرواية وهو الأصح أن الخيار بفوات الرضى ورضاه لم يتم حيث لم يعط ما يدعيه
وجاز أن تكون قيمته مثل ما ضمنه عند المقومين ولا يكون مثله عنده فلا يرضى به
بدلا. وقد لا يرضى الإنسان بزوال العين عن ملكه بقيمته. فإذا اختار المالك أخذ
المغصوب فللغاصب أن يحبسه حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليه لأنها مقابلة.
بخلاف المدبر لأنه ليس بمقابل به. ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته
نفذ بيعه. وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم ينفذ عتقه. والفرق أن الملك الثابت
للغاصب فيه ناقص لثبوته مستندا أو الثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون
وجه أو ضرورة. إذ الدليل يأبى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا. والملك بعده
وإنما يثبت الملك له ضرورة القضاء بالضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
والثابت ضرورة من وجه دون وجه. وبهذا يظهر في حق الاكتساب دون الأولاد.
لأن الملك يثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال
ليس بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لأنه بدل المنفعة فيكون تبعا محضا
وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا بسببه أو شرطا
لغيره. ولأن ملك الكسب أسرع نفوذا من ملك الولد بدليل أن الغاصب إذا آجر
المغصوب يملك الأجر ولو أولده لا يملك. والملك الناقص يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق
فالمكاتب يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه. وزوائد الغصب أمانة
متصلة كانت أو منفصلة كولد المغصوبة ونمائها وثمرة البستان المغصوب. فإن
هلكت في يد الغاصب لا يضمن إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه.
وقال الشافعي رحمه الله زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت كالسمن أو منفصلة
كالولد ونحوه. لأنها حدثت من أصل مضمون عليه بالتعدي فتكون مضمونة كظبية
أخرجت من الحرم فولدت في يده. وهذا لأن ضمان الأصل إنما لزمه بإثبات يد مبطلة
عليه. وهذه اليد ثابتة بعينها على الزيادة لحدوثها في ملك اليد فتصير مغصوبة به ضرورة.
ولنا أن الزوائد ليست بمغصوبة فلا تكون مضمونة بضمان الغصب لأنه لا يكون
بدونه لاستحالة الحكم بلا سبب. وهذا لأن الغصب إثبات اليد على مال الغير لنفسه
على وجه يفوت يد المالك وذا لم يوجد في الولد لأن التفويت بإزالة يده عما كان في
يده ولم يكن الولد في يد المالك قط ولم يزل تمكنه من أخذه لحصوله في دار الغاصب
ما لم يمنعه الغاصب منه فلا يكون مضمونا عليه. حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه
لتحقق التفويت لتقصيره عند المنع. وكذا إذا تعدى فيه بأن أتلفه أو ذبحه
أو أكله أو باعه وسلمه ضمن لوجود التعدي منه على الأمانة. كما لو باع الوديعة وسلمها
أو أتلفها. وإذا هلك ولد الظبية قبل تمكنه من الرد إلى الحرم لا يضمن لعدم المنع.

وإنما يضمنه

وإنما يضمنه إذا أهلكه بعده. لأن الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الأصل مع
ولده إلى مأمنه فوجد المنع منه بعد الطلب فهو سبب للضمان. ولأن الضمان في صيد الحرم
ضمان إتلاف في معنى الصيد به لأنه بالحرم أمن مسندا وذا في سفره وبعده عن أيدينا فإثبات
اليد عليه يكون إتلافا لمعنى الصيد به حكما وقد تحقق ذلك في الولد بإثبات اليد عليه.
فأما الأموال فمحفوظة بالأيدي فإنما يجب الضمان فيها بتفويت الأيدي لا بإثبات اليد
عليها. ولو باع الغاصب الأصل والزيادة وسلم الزيادة متصلة فإن كان قائما أخذه
صاحبه وإن كان هالكا فهو بالخيار. إن شاء ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب
وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم القبض وليس له أن يضمن البائع قيمته زائدة بالبيع والتسليم
عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا له أن يضمن البائع بالبيع والتسليم قيمته زائدة لأن الزيادة
كانت أمانة فتضمن بالبيع والتسليم كالزيادة المنفصلة. وله أنه لا يمكن تضمين الزيادة
مع الأصل. لأن ضمان الأصل واجب بالغصب فلا يتصور إيجابه بالتسليم. لأن إثبات
الثابت مستحيل ولا يمكن تضمينها بدون الأصل لأنها تبع الأصل فلا تنفرد عن
الأصل بضمان الغصب وامتنع التضمين ضرورة. وما نقصت الجارية بالولادة ضمنه
الغاصب. لأن الجارية دخلت في ضمانه بجميع أجزائها والجزء معتبر بالكل. فإن كان في
قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب. وقال زفر والشافعي
رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد. لأن الفائت ملكه والولد ملكه وملكه لا يكون
جابرا لملكه. لأن الضمان يجبر ما فات عليه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم
فإن نقصان الأم بالولادة لا يجبر بالولد. وكما لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت
الأم وبالولد وفاء. وكما لو جز صوف شاة غيره فنبت آخر أو قطع شجر غيره
فنبت آخر مكانه أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فانتقص بهما وازدادت قيمته
فإنه يضمن النقصان ولا يجبر. مع أن سبب الزيادة والنقصان متحد. ولنا أن سبب
الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة لأنها أوجبت فوات جزء من مالية الأصل وحدوث
مالية الولد. لأنه وإن كان موجودا قبل الانفصال فلم يكن مالا حتى لم يجز بيعه
وهبته. وإنما صار مالا مقصودا بالانفصال. وإذا اتحد سبب الزيادة والنقصان
امتنع ظهور النقصان وامتنع الضمان كالبيع فإنه يزيل المبيع عن ملكه ويدخل
الثمن في ملكه فلا يعد نقصانا. حتى لو شهد شاهدان عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم
رجعا لم يضمنا شيئا وصار كما لو غصب أمة سمينة فصارت مهزولة ثم سمنت أو سقط
سنها فنبتت مكانها أخرى. أو قطع يدها فأخذ الغاصب أرشها فردها مع الأرش
فإنه يحتسب عن نقصان أثر القطع. وولد الظبية ممنوع. ولئن سلم فهذا الولد لا
يصلح أن يكون خلفا عن الجزء الفائت لأنه مضمون بنفسه فلم يجز أن يؤدي به ضمان
غيره بخلاف مسألتنا. وأما إذا ماتت الأم وبالولد وفاء بقيمتها ففي رواية عن أبي حنيفة

ففي

رحمه الله تعالى انه يبرأ برد الولد • وفي رواية لا ينجبر لان الولادة في الغالب ليست بسبب
لموت الام فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان • واما اذا مات الولد قبل الرد فانه يشترط
لبراءة الاصل رده • فكذا لا بد من رد خلفه فاذا لم يرد الولد الذي هو خلف عن النقصان
لا يبرأ • والخصي لا يعد زيادة في المال لانها انما تتحقق برغبة عامة الناس • وهي ليست برغبة
عند العامة وانما هي رغبة بعض الجهال لظنهم ان الخصي كالمحرم • ولم يتحد السبب في باقي
المسائل لان سبب النقصان القطع والجز • وسبب الزيادة النماء • وسبب النقصان التعليم
وسبب الزيادة الفهم • وقوله ان ملكه لا ينجبر بملكه • قلنا نحن نسعى لمنع ظهور
النقصان فلا نحتاج الى الجبر • ومن غصب امة فزنا بها فحبلت عند الغاصب فردها
فهلكت بالولادة ضمن الغاصب قيمتها يوم علقت • ولا ضمان عليه في الحرة • وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله • وقالا لا يضمن في الامة ايضا الا نقصان الحبل • لان الرد قد صح مع
الحبل ولكنها معيبة بعيب الحبل وذلك موجب ضمان النقصان عليه • وهلاكها بعد
الرد بسبب حادث في يد المالك وهو الولادة فلا يبطل به حكم الرد فلا يضمن الغاصب • كما
لو حمت عند الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت عند الغاصب ثم ردها فجلدت وماتت
من ذلك فانه لم يضمن الغاصب الا نقصان عيب الزنا • وكذا المبيعة اذا سلمها الى المشتري
وهي حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل فماتت في الولادة لم يرجع المشتري على البايع بالثمن
بالاتفاق • وله ان الرد لم يصح فلا يبرأ • وهذا لان الرد انما يصح اذا كان مثل الاخذ
فان تحقق الرد بتلك الصفة خرج من الضمان والاخذ وجد وهي غير حامل ليس بها سبب
يفضي الى التلف والرد وجد وهي حامل فقد انعقد سبب الهلاك في حقها • وكان الرد
حين وجد مترددا ان سلمت من الولادة ظهر ان الرد وقع صحيحا • وان اتصل به الهلاك
ظهر ان الرد لم يصح وكانها هلكت عند الغاصب • وصار كما لو جنت عند الغاصب
ثم ردها ثم قتلت بتلك الجناية عند المالك او دفعت بتلك الجناية بان كانت الجناية خطأ
فانه يرجع على الغاصب بقيمتها كانه لم يردها اصلا كذا هذا • بخلاف الحرة لانها
لا تضمن بالغصب والاخذ ليس عند فساد الرد ضمان الاخذ • وفصل الشراء قيل هو ممنوع
ولئن سلم فالواجب على البايع تسليم المبيع الى المشتري على الوجه الذي تناوله العقد وهو
انه مال متقوم وقد وجد ذلك • والتردد يمنع صحة الرد لان الواجب عليه ان يرده كما
قبضه ولم يوجد ذلك ولا يمنع صحة القبض والتسليم ابتداء • والزنا يوجب جلدا مولما
غير جارح ولا متلف • ولهذا يختار سوط لا ثمرة له فلم يكن الهلاك مضافا الى السبب الذي
كان عند الغاصب • وبخلاف الحمى فان الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب
بل لضعف الطبيعة عن دفع اثار الحمى المتوالية وذا لا يحصل باول الحمى عند الغاصب
وهي غير موجبة لما كان بعده • اما الحمل فيوجب انفصال الولد وانفصال الولد موجب
للالم الولادة • فما يحدث به يكون مضافا الى السبب الاول • والمنافع لا تضمن بالغصب

والاتلاف

والاتلاف عندنا الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان • وصورته غصب المنافع ان يغصب
عبدا او يمسكه شهرا ولا يستعمله ثم يرده على سيده • وعند الشافعي يضمنها فيجب
اجر المثل سواء عطلها او استعملها • وقال مالك رحمه الله ان سكن الدار يجب اجر المثل وان
عطلها لا شيء عليه • للشافعي رحمه الله ان المنافع اموال متقومة مضمونة بالعقود فكذا
بالغصوب كالاعيان • وهذا لان المال اسم لما هو غيرنا مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه
الصفة ولهذا ابيح صداقا والمشروع هو الابتغاء بالمال • الا ترى ان الاجارة من التجارة
وهي تناول مال بمال • والماذون او الشريك يملك التجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال
والاعيان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق بها من المنافع ولهذا تقل مالية العين اذا قل
الانتفاع به • فاذا كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها فلان تكون المنافع اموالا بنفسها
اولى وهي متقومة • لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند الناس • ولهذا يبذلون
الاعيان لاجلها • الا ترى انها تقوم الاعيان واستحال ان لا تكون متقومة بنفسها • ولان
اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا • والاعتياض عما ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر وجثة
ميتة • ولنا ما روي ان عمر وعليا رضي الله عنهما حكما في ولد المغرور انه حر بالقيمة واوجبا
على المغرور الجارية مع عقرها ولم يوجبا قيمة الخدمة مع علمهما ان المغرور كان
يستخدمها او مع طلب المدعي بجميع حقه • فلو كان ذلك واجبا لما حل لهما السكوت عن بيانه
ولان المنافع حدثت على ملك الغاصب فلا تكون مضمونة عليه • لان الانسان لا يضمن
ملك نفسه • وهذا لانها حدثت بفعله وكسبه وفي يده والكسب للكاسب لقوله عليه السلام
كل الناس احق بكسبه • ولئن سلمنا ملكها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها حدوثها
فلا يجب عليه ضمان الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه
واتلافه • لان اتلاف الشيء او غصبه انما يرد في حال بقائه • فاذا لم تكن المنافع باقية
استحال اتلافها وغصبها • ولانه اما ان يرد عليها الاتلاف قبل الوجود او في حال الوجود
او بعد الوجود • لا يجوز الاول لان اتلاف المعدوم محال • ولا الثاني لانه اذا اعترض على
الوجود دفعه فاذا قارنه منعه ضرورة • والاتلاف ابطال الوجود لا المنع من الوجود ولا
الثالث لانها معدومة في تلك الحالة ولا يتصور اتلاف المعدوم • ولئن سلمنا تصور غصبها
فلا يمكن تضمينها • لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو
باطل ولم يقل به احد • فان الحجر المبنية على تخطيط واحد وتوجر باجرة واحدة لا تضمن
منفعة احدى الحجر بالاخرى • او بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان • لان المنافع
اعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى اوقاتا • وبين ما يبقى وبين ما لا يبقى تفاوت عظيم
وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع • ولهذا لا يضمن الجيد بالرديء والنقد
بالدين ومالية الشيء انما تثبت بالتمول وهي صيانة الشيء وادخاره للحاجة وذا لا يتصور فيها
وكيف تكون متقومة والتقوم لا يسبق الوجود • والاحراز لا يتصور فيما لا يبقى زمانين

وإنما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار إقامة العين مقام المنفعة
للضرورة والحاجة، وبطلت المقايسة لأن الرضا أثر في إيجاب الأصول والفصول جميعا
فالمال يجب بالشرط معا بلا بغير مال، ويجوز بيع عبد قيمته ألف بألوف وشيء من ذلك
لا يثبت بالعدوان وكل قياس لا يقوم إلا بوصف به يقع الفرق بين الفرع والأصل
فهو باطل، إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لأنه أتلف بعض أجزاء العين،
وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما وإن أتلفهما المسلم لم يضمن، وقال
الشافعي رحمه الله لا يضمنهما للذمي أيضا، وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي
أو باعهما من ذمي فعندنا يصح البيع وعنده لا يصح، له أنهما ليسا بمتقومين
في حق المسلم فوجب أن لا يكونا متقومين في حق الذمي أيضا لأنهم أتباع لنا في الأحكام
قال عليه السلام فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين فتبين أن كل حكم يثبت في حق المسلمين يثبت في حق الذمي، ولأن عقد الذمة
خلف عن الإسلام فكل حكم يثبت بالإسلام يثبت بعقد الذمة، فإذا سقط تقومهما
في حق الذمي فقد ورد الإتلاف على ما ليس بمتقوم فلا يكون سببا لوجوب الضمان،
وكذا البيع الوارد عليه لا يصح لأنه لم يصادف محله وهو المال المتقوم وصار كما
لو باع مسلم من مسلم خمرا، ولنا أنه أتلف مالا متقوما في حق المتلف عليه فوجب أن يضمن
كما لو أتلف شاته أو خله، وهذا لأن الخمر مال متقوم في حق أهل الذمة لأنها كانت
متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا، والأصل أن ما ثبت يبقى إلى أن يوجد
المزيل والمزيل قد وجد وهو قوله تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه، ووجد
في حقنا بدليل السياق فبقي في حق من لم يدخل تحت الخطاب على ما كان من قبل، ولأن
حرمة العين وفساد التقوم بيننا بخطاب الشرع، وقد أمرنا بأن نتركهم وما يدينون
به لمكان عقد الذمة فقصر الخطاب حيث لم يعتقدوا رسالة المبلغ وانقطعت
ولاية الإلزام بالسيف والمحاجة لمكان عقد الذمة فصار كأن الخطاب غير نازل في
حقهم فيبقى الحكم على ما كان، بخلاف الميتة والدم لأنه لا يتدين بتمولهما أحد
من أهل الأديان، إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كانت من ذوات الأمثال لأن المسلم
ممنوع عن تمول الخمر وتملكها لأن فيه إعزازا لها، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين
بين ذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، وهذا بخلاف الربو
فإنه يتعرض لهم في إبطال عقود الربوا لأنا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا من أربى فليس بيننا وبينه عهد، وهذا لأن ذلك
فسق منهم في الاعتقاد لا ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربا في اعتقادهم قال الله تعالى
وأخذهم الربا وقد نهوا عنه، وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فإنه يقتل فإنا ما
ضمنا لهم ترك التعرض في ذلك لما فيه من الاستخفاف بالدين، وبخلاف ما لو أتلف متروك

التسمية

التسمية عامدا على الشافعي فإن ولاية الإلزام بالمحاجة والدليل ثابتة وقد ثبت لنا
بالنص أن متروك التسمية عامدا حرام ليس بمال فلهذا لا يعتبر اعتقادهم في إيجاب الضمان
وإن أتلف ذمي خمر ذمي ثم أسلم المتلف فعند أبي يوسف رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة
رحمه الله يبرأ عن الضمان لأنه حين أتلف كان ذميا فضمن مثله وحين أسلم لا يجوز له تمليك
الخمر من الذمي، ولا يمكن إيجاب قيمة الخمر عليه لأنه حين أتلف لم يكن إتلافه سببا
لإيجاب قيمة الخمر عليه ولم يوجد بعد ذلك سبب للوجوب، وعند محمد رحمه الله
وهو رواية عن أبي حنيفة عليه قيمة الخمر لأنه لا يمكن إيجاب الخمر لأنه مسلم، ولا يمكن
إبراؤه عن الضمان لأن المتلف عليه ذمي والخمر في حقه مال متقوم وقد أمكن إيجاب
القيمة فتجب، وفي الخنزير يبقى الضمان بإسلامهما أو إسلام أحدهما لأن الواجب بغصب
الخنزير القيمة والإسلام لا ينافيها، وإن غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه
فللمالك أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه، والمراد به
التخليل بالنقل من الشمس إلى الظل ومن الظل إلى الشمس، والدباغة بما له قيمة كالقرض
والعفص ونحو ذلك، والفرق أن هذا التخليل تطهير له فلا يضاف إليه التقوم والمالية
وهذا لأن نجاسة الخمر قابلة للزوال لأنها باعتبار الخمرية وقد زالت فصار التخليل كغسل
الثوب النجس، ومن غصب ثوبا نجسا وطهره لا يزول الثوب عن ملك المالك به كذا
هنا، وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلة الصبغ
فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد على الدباغ فيه، ومعناه أن ينظر
إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب حبسه
حتى يستوفي حقه كالبائع له حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن، وإن استهلكهما
الغاصب ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا يضمن قيمة الجلد مدبوغا
ويعطي ما زاد الدباغ فيه، ولو هلك الجلد والخل في يده لا يضمن بالإجماع، أما الخل فلأنه
أتلف مالا متقوما خالصا للمغصوب منه مثليا فيضمن مثله، وأما الجلد فلهما أن الجلد
مال متقوم للمالك فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك إذ الدباغ بمنزلة الغسل ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما لو غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فإنه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد
الصبغ فيه، ولأنه وجب عليه الرد فإذا تعذر رد عينه باستهلاكه يجب عليه رد
قيمته كما في المستعار، وبه فارق الهلاك بنفسه حيث لم يفوت، وقولهما يعطي
ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بأن قضى لأحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير
إذ القاضي إنما يقضي بما يشترى به في الأسواق ويباع، أما عند اتحاده بأن قومها بالدراهم
فيحتسب بطرح ذلك القدر ويؤخذ منه الباقي لأنه لا فائدة في الأخذ منه ثم الرد عليه
وله أن تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ فيه لأن ظهور التقويم مضاف إلى الدباغ والأصل
غير مضمون عليه بالقيمة فكذا التابع، بخلاف الذكي والثوب لثبوت التقوم فيهما

قبل الدبغ والصبغ فلم يكن مضافا اليه. وبخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه تابع للملك
والجلد في حق الملك غير تابع للصبغة لثبوت الملك قبل الصبغة. وان لم يكن متقوما
ولو كان قايما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته
قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له فلا يمكنه تضمينه. لان التضمين للمتقوم بخلاف صبغ
الثوب لان له قيمة فكان له ترك الثوب عليه واخذ القيمة. وقيل ليس له ذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك. لانه اذا تركه عليه فقد عجز الغاصب عن رده
فصار كعجزه بالاستهلاك فهو على هذا الخلاف على ما مر. ثم قيل تضمينه قيمة جلد مدبوغ
ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في مسئلة الاستهلاك. وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ
لانه ملحق بالذكي. وان دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فلصاحبه ان يأخذ الجلد
ولا شيء عليه. لانه ليس فيه مال متقوم للغاصب. فكان الدباغة اظهارا للمالية والتقوم
فصارت كغسل الثوب. فان استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وعليه الاكثرون
لان صنعة الدباغة تابعة للجلد فلا يفرد عنه. واذا صار الوصف مضمونا تبعه وصفه
في الضمان. وان خلل الخمر بالقاء الملح فيه فعند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب
ولا شيء عليه. وعندهما ياخذه المالك ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد
وصبغ الثوب. ومعنى ذلك ان يعطي مثل وزن الملح من الخل. فان اراد المالك تركه عليه
وتضمينه فهو على ما قيل. وقيل في دبغ الجلد كما بينا انفا. ولو استهلكه لا يضمنه
عنده خلافا لهما كما في دبغ الجلد. وان خللها بصب الخل فيها فعن محمد رحمه الله انه ان
صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا ضمان عليه لانه استهلك ما ليس بمتقوم
وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الخل المصبوب قليلا فهو بينهما على مقدار كيلهما
لانه صار في التقدير خلط الخل بالخل وهو ليس باستهلاك على اصل محمد رحمه الله وعلى قياس
قول ابي حنيفة رحمه الله هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه في الوجهين لان نفس الخلط
استهلاك عنده. ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه. وعند محمد رحمه الله
لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لانه اتلف ملك نفسه. وفي الوجه الثاني يضمن لانه
اتلف ملك غيره. وقال بعض المشايخ رحمهم الله للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها
بغير شيء لان المغصوب فيه يصير مستهلكا كما في الخمر فلم يبق متقوما. ومن كسر لمسلم
بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او شيئا من المعازف او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن
وصح بيع هذه الاشياء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله. وقالا لا يضمن ولا يصح بيعها. ولو
شق زق خمر لمسلم لم يضمن الزق عند ابي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يضمن. وقيل
الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو. فاما طبل الغزاة والدف الذي يضرب في العرس
فيضمنهما للاتلاف بلا خلاف. وقال صدر الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير الفتوى
في الضمان على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس. والسكر التي من ماء الرطب اذا اشتد.

والمنصف

والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ. وفي جواز بيع الباذق وتضمينه وهو المطبوخ ادنى طبخه
عن ابي حنيفة رضي الله عنه روايتان. لهما انها اعدت للمعصية فسقط تقومها كالخمر
ولانه فعل ما فعل باذن الشرع لان ما فعله من باب الامر بالمعروف قال عليه السلام
بعثت بكسر المزامير وقتل الخنازير. وقال اذا راى احدكم منكرا فليغيره بيده فان لم
يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه. وكان كسرها امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر
باليد فلا يضمن. الا ترى انه لو فعله بامر نايب الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله بامر
الشرع اولى. ثم قال محمد رحمه الله يضمن الزق لانه مال متقوم واراقة الخمر بدونه
ممكنة فيضمن كساير الاموال. وقال ابو يوسف رحمه الله قد لا يتيسر له اراقتها
الا بشق الزق فصار ككسر المعازف. وله انه اتلف مالا ينتفع به من وجه اخر سوى اللهو
فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية. لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار
وجواز البيع والتضمين مبنيان على المالية والتقوم وقد وجدا والامر بالمعروف باليد الى
الامراء والولاة لقدرتهم فليس لغيرهم الا باللسان على انه يحصل بالمنع والاخذ بدون
الاتلاف. ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة
والديك المقاتل والعبد الخصي فانه يجب القيمة غير صالحة لهذه الامور. ويجب قيمة السكر
والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز. وهذا بخلاف ما
لو اتلف صليب نصراني فانه يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقه وهو مقر عليه ولا
يجوز التعرض له. ومن غصب مدبرا او ام ولد فمات في يده ضمن قيمة المدبر بالاتفاق لتقوم
المدبر بالاتفاق ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله لانها غير متقومة عنده
وعندهما يضمن لتقومها عندهما. وقد قررنا الدلايل في العتاق. ولكن لا يملك المدبر باداء
الضمان لانه لا يقبل النقل. واختيار المالك تضمين احد الغاصبين ابراء للاخر لان هذا ضمان
لم يشرع الا عند ملك المضمون فاذا اختار تضمين احدهما فقد ملك المضمون منه فلا يكون له ان
يملكه من الاخر الا ان يتجدد غصبه. رجل غصب مدبرا قيمته الف فزادت قيمته في يده
فصارت الفين فغصبه منه اخر فابق من يد الثاني او مات فالمالك يضمن ايهما شاء
مذ غصب. اي له ان يضمن الغاصب الاول الفا وغاصب الغاصب الفين. فان ضمن الاول
الفا رجع الاول على الثاني بالفين وطاب له الف. لانه عوضه مثله ووقعت الف الاخر لان
الملك فيه غير مستقر. لجواز ان يظهر المدبر فان ظهر يعود على ملك المولى لانه لم يزل عن
ملكه ويجب عليه رد الالف الى الغاصب الاول لزوال سبب الضمان. ويجب على الغاصب
الاول رد الفين الى الثاني ثم المالك اذا ضمن الاول وعاد المدبر الى يد الثاني بعد اتباع المولى الاول
قبل الاستيفاء فمات في يده لا يضمن لانه بري عن ضمان غصبه حيث اختار المولى تضمين الاول
ولم يحدث منه بعد ذلك منع. حتى لو طلب المولى ومنعه ثم مات يضمن لان المنع من المالك
غصب مبتدا. وكذا اذا قتله الثاني خطا فللمولى ان يرد الالف الى الاول ويتبع عاقلة الثاني

بالف درهم ولو لم يضمن المولى الاول شيئا حتى قتله الثاني ثم ضمن الاول وهو يعلم بقتل الثاني
او لا يعلم برئ الثاني وخير الاول لانه كان مخيرا بين تضمين الاول وبين تضمين الثاني
فاذا اختار الاول بطل حقه قبل الثاني ثم الاول قام مقام المالك في تضمين الثاني فان شاء
ضمن الغاصب الثاني ضمان الغاصب الاول الى الغصب وان شاء ضمن عاقلته ضمان الجناية
غصب عبدا او غصبه آخر منه فابق فقال المالك للاول كان قيمته الفا مذ غصبته
ثم غصبه الثاني وقيمته الفان وقال الغاصب الاول لا بل غصبته وقيمته خمسماية وزاد الفا
ونصفه عندي فالقول للمالك في حقهما لان الظاهر شاهد له ولو لم يقل الغاصب الاول
زاد عندي فالقول له لانكاره وجود الزائد في يده على خمسماية فان ظهر وقيمته زايدة
فللمالك ان يرد ما اخذ واخذ عبده فاذا اختار اخذ العبد فقتله الغاصب الثاني تخير
ان شا امضى الفسخ واتبع العاقلة وان شاء نقضه واتبع الاول بقيمته مذ غصب الملك
في المضمون لمن عليه قرار الضمان وانما يستند الملك في المضمون الى وقت سبب الضمان فيما
بين الغاصب والمغصوب منه واما في حق غيرهما فيقتصر على وقت اداء الضمان الا اذا اتصل
بالاستناد حكم شرعي يمنع من الاقتصار والحق المتعلق بالعين يبطل بفوات العين الا اذا
فات العين الى بدل فحينئذ ينتقل الى بدله رجل اشترى امة وقبضها فقتلت عند المشتري
قتيلا خطاء ثم ابقت او ماتت فاستحقت فالمستحق بالخيار ان شاء ضمن البايع وان شاء
ضمن المشتري فان ضمن البايع نفذ البيع لانه ملكها باداء الضمان من وقت الغصب
فتبين انه باع ملك نفسه وسلمت القيمة للمستحق لان القيمة وجبت قبل الجناية وقت
الغصب فقد وجدت الجناية بعد ما صارت للمستحق ولا شيء لاولياء القتيل لتعلق
الجناية برقبتها وقد بطل الحق بفوات المحل فان عادت من الاباق بدفع او بفدى وان
ضمن المشتري بطل البيع لان استحقاق قيمة الامة على المشتري كاستحقاق عينها
ويدفع المستحق القيمة الى اولياء الجناية ثم يرجع على المشتري بقيمة اخرى لان القيمة
الاولى استحقت عليه بسبب كان في ضمان المشتري ويرجع المشتري بالثمن على بايعه حكما
لاستحقاق المبيع وان كانت الجارية قايمة في يد المشتري اخذها المستحق ودفع الى اولياء
الجناية او فدى ورجع المستحق بالاقل على البايع او المشتري لانه في دفع الزايد مختار
فان رجع على البايع يرجع البايع على المشتري بما ضمن لان الجناية حصلت في ضمانه فان
رجع على المشتري لا يرجع المشتري على البايع لان الجناية حصلت في يده ولو جنت
عند البايع فباع وضمن المستحق البايع نفذ بيعه وسلم الضمان للمستحق ولكن يضمن
البايع قيمة اخرى لاولياء الجناية لانه ملكها باداء الضمان من وقت الغصب فبان
ان الجناية في ملكه وتعلقت الجناية برقبتها فاذا باعها وسلمها صار متلفا فيضمن
القيمة وهو لم يصر مختارا للفداء لان ملكه اياها لم يكن ظاهرا وقت البيع فلم يصح
منه الاختيار وان ضمن المستحق المشتري واخذ القيمة استحقت عليه بسبب كان

في ضمان

في ضمان البايع والهبة كالبيع الا في رجوع احدهما على الاخر ولو كان مكان الهبة
غصب ودفع الضمان الى اولياء الجناية ورجع به على من ضمنه خاصة والمودع يرجع لانه
عامل للمودع فيرجع عليه بما لحقه من الضمان بسببه والمودع لا يرجع لانه عامل للمودع غيره رجع
وفي الغصب على عكسه لان غاصب الغاصب ليس بعامل للغاصب فلا يرجع عليه والغاصب
صار مالكا باداء الضمان فيرجع على غاصبه بما لحقه من ضمان جناية كانت في يد غاصبه
ولو عادت من الاباق فهي في الوديعة للمودع لان قرار الضمان على الثاني والملك في
المضمون انما يكون لمن كان قرار الضمان عليه الا اذا كانت ذات رحم محرم من الاول
وضمن الاول فعتقت عليه لانه ملك قريبه فلا رجوع له على الثاني او عادت من الاباق
قبل رجوع الاول على الثاني فيبطل حق رجوعه لعود رقبته على الاصل والمرتهن والمستاجر
كالمودع في هذا لكونهما امينين في حق العين والمستعير كالمتهب لانه قبض
لنفسه ولو جنت عند الاول ان ضمنه المستحق دفع الضمان الى اولياء الجناية ورجع
به عليه ورجع الاول على الثاني في الغصب بقيمة واحدة وان ضمن المستحق الثاني دفع
اليه قيمة واحدة ودفعها الى اولياء الجناية ثم يرجع على الاول بقيمة اخرى لوجود الجناية
في يد الاول غصب عبدا قيمته الف فصار في يده يساوي الفين فقتله رجل خطاء ثم
ان رجلا قتله خطاء في يد الغاصب فللمالك ان يضمن الغاصب الفا ويدفعه الى
ولي الجناية ثم يرجع عليه بقيمة اخرى لما مر ثم يرجع الغاصب على عاقلة قاتل العبد بالفي
درهم في ثلاث سنين لانه ظهر ان القتل ورد على عبده ولم يتصدق بشيء لانه دفع
الفين واخذ الفين او يضمن العاقلة الفين فيدفعهما الى اولياء الجناية ويرجع على غاصبه
بالف لان الزيادة كانت امانة في يد الغاصب فلا يضمن وكلما دفع ثلثا رجع بثلث
ولا يرجع قبل الدفع كالكفيل بالمال بامر المكفول عنه ولو قتله غاصبه فكما مر
الا انه لا يرجع على عاقلته ان ضمنه لان العاقلة لا تعقل له غصب عبدا فابق فرد على
مالكه لا يرجع بجعله على غاصبه عند ابي يوسف رحمه الله لانه عمل للمالك فكان الجعل
عليه وعند محمد رحمه الله يرجع لانه ضمان لحقه لسبب وجد عند الغاصب فيرجع
عليه كالدفع والفداء في الجناية ولو غصب عبدا فاودعه فابق من يده واختار المالك
تضمين المودع ملكه غاصبه لان قرار الضمان عليه فينفذ اعتاقه ويرجع المودع
على الغاصب قبل اداء الضمان بنفسه كالوكيل بالشراء اذا اشترى فانه يرجع على الموكل
بالثمن قبل ان يؤديه ولو عاد العبد من الاباق الى المودع فللمودع ان يحبسه لاستيفاء
الضمان فلو هلك في يده قبل منعه هلك امانة وكذا طرفه وان هلك بعد منعه يهلك
بالقيمة كالمشتري اذا هلك في يد الوكيل قبل حبسه من الموكل فانه يهلك امانة
وان هلك بعد حبسه يهلك بالثمن والمرتهن والمستاجر في هذا كالمودع لان العين
امانة في يدهما ادعى امة وانكر ذو اليد وضمنها رجل صح الضمان لانها ان كانت

غصبًا فهي كفالة بالمضمون. فإن كانت وديعة فقد صارت مضمونة بالجحود فتصح
الكفالة بها بكل حال. فلو أقام البينة وقد ماتت أو أبقت ضمن أيهما شاء. والأمة لمن عليه
قرار الضمان بخلاف ما لو تبرع إنسان بقضاء دين الأصيل كانت الأمة للأصيل لأنه
لا شيء على المتبرع فكان أداؤه عن الأصيل. أما الكفيل مطالب فكان مؤديًا عن نفسه
لا عن الأصيل. وهبة الطالب القيمة للأصيل وإبراؤه كأداء الأصيل فكانت الأمة له.
وهبة القيمة للكفيل كأدائه فيرجع الكفيل على الأصيل إن كانت الكفالة بأمره. وإن
أبرأ الكفيل لا يرجع على الأصيل والوكيل يرجع سواء وهبه له أو أبرأه. لأن أصل الثمن عليه
لأنه أمين بسبب الدين فكان الإبراء تمليكًا للثمن منه كالهبة بخلاف الكفيل. لأن أصل
الدين ليس عليه. ولو ظهرت بعد ما قضى للمدعي على المدعى عليه بقيمتها لا يحبسها عن
الأصيل إن ضمن الكفيل بأمره. فلو حررها الأصيل والكفيل أو باعها أحدهما بعد ما عادت
من الإباق وقضى للمدعي بقيمتها نفذ بيعه وعتقه إن أدى الضمان. وإن أدى الآخر
بطلا. وإن حررا أو باعا معًا نفذا عليهما لثبوت الملك بأداء الضمان مستندًا. وإن حررا
فأدى أحدهما نصف قيمتها عتق نصفها عليه. فإن أدى الآخر نصفها عتق عليه والولاء
لهما وهذا عنده ولا ضمان ولا سعاية. ولو حررها أحدهما فقتلت عمدًا أو خطأ فأدى
المحرر ضمن قيمتها مؤجلة في ثلاث سنين في الخطأ ولا قصاص في العمد لاشتباه الولي
كالمكاتب وإن قتلها المؤدي عمدًا أو خطأ غرم قيمتها في ماله لأن العاقلة لا تعقل
للجاني. اشترى أمة بألف فأحبلها فضربت بطنها عمدًا أو شربت دواء لتطرح الولد
فألقت جنينًا ميتًا فاستحقت الأمة فالقاضي يقضي للمستحق بالأمة. ويعقرها ثم يقال
للمستحق إن أمتك قتلت ولدها وهو حر لأنه ولد المغرور والجنين الحر مضمون
بالغرة فادفع بها أو افدها بالغرة. فإذا دفع أو فدى يقال للمشتري لما أخذت الغرة
سلم لك شيء من بدل الولد ولو سلم الولد وفيه الدية بأن خرج حيًا ثم مات لزمك القيمة
بتمامها للمستحق فإذا سلم لك الغرة وهو خمسمائة وجب أن يغرم بحساب ذلك وقيمة
الولد الحر عشرة آلاف إن كان ذكرًا وخمسة آلاف إن كان أنثى فخمسمائة نصف
عشر دية الذكر وعشر دية الأنثى فيغرم بحساب ذلك للمستحق والمستحق إذا دفع
أو فدى يرجع بالأقل على البائع أو على المشتري فإن رجع على البائع فالبائع يرجع
على المشتري فإن رجع على المشتري لا يرجع المشتري على البائع ثم المشتري يرجع
على البائع بالثمن وبما غرم من قيمة الولد دون العقر وقد مر في الدعوى. غصب عبدًا من
الغاصب فأبق فضمن الغاصب الأول الغاصب الثاني من الضمان لانتقاص سبب الضمان
فصار كما لو رده عليه فإن ظهر أخذه ربه لأنه عين ماله أو قيمته من الغاصب
الأول إن بقيت في يده. فإن أخذ القيمة ملكه الثاني وإن أخذ العبد رجع الثاني
على الأول بما دفع لعدم سلامة المضمون له. ولا يرجع الغاصب الأول على المالك إن كان

هلك

هلك بما دفع إليه في يده لأنه عامل لنفسه بأخذ القيمة من الغاصب الثاني ليخرج نفسه عن
الضمان فلا يرجع على المالك. فلو أقر الأول بقبض الضمان لم يصدق في حق المالك حتى كان
له أن يضمنه. وكذا لو كان الأول مودعًا وغصب منه. إلا أنه يرجع على ربه إذا رجع
الغاصب عليه بالقيمة عند اختيار المالك العبد وقد ظهر لأنه عامل له كالوكيل. ولو
أقر بقبض ضمانه برئ الغاصب. لأنه حين استودعه فقد أذن له بقبض القيمة لأنه
من الحفظ. ولو كاتب أمة فاستولدها ثبت النسب استحسانًا. لأن التضمين ممن
له حق التضمين أورث شبهة والنسب يثبت بأدنى شبهة كما لو زفت إليه غير امرأته
والولد رقيق لأن الحرية لا تثبت بالشبهات. غصب مدهنًا وزنه عشرة وقيمته أكثر
فانكسر ضمن قيمته من خلاف جنسه. ولو غصب كر بر فابتل عنده وزاد قدره ثلث
الكر ضمن الغاصب مثل الكر المغصوب. وملك المغصوب بالضمان وإن كان فيه
فضل لأن الملك في المغصوب يستند فتكون الزيادة حاصلة على ملكه. ولو غصب
طعامًا فعفن عنده ضمن مثله. وإن عجز عن المثل قضى بالقيمة

كتاب الشفعة

هي تملك البقعة بما قام على المشتري بالشركة أو الجوار فهي مأخوذة
من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة إلى ملك الشفيع. وسببها الاتصال
وشرطها معاوضة مال بمال. وتجب للخليط في نفس المبيع فإن سلم فللخليط في حق المبيع
كالشرب والطريق. فإن سلم فللجار. والشفعة ثابتة لهؤلاء على الترتيب. أما الثبوت
لهؤلاء فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم. ولقوله عليه السلام جار الدار
أحق بالدار والأرض ينتظر له وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا. والمراد بجاره
هو شريك في الطريق ويثبت الحكم في الشرب دلالة. لأن الشفعة إنما تثبت بالشركة
في الطريق باعتبار الخلطة وقد وجدت في الشرب. ولقوله عليه السلام الجار أحق
بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته. ويروى الجار أحق بشفعته.
وقال المطرزي رحمه الله السقب القرب والصاد لغة وروي بصقبه. وقال
الشافعي رحمه الله لا شفعة إلا بالشركة في البقعة بقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم
فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. وهذا يقتضي أن جنس الشفعة فيما لم
يقسم إذ الألف واللام للجنس لعدم المعهود. والدليل عليه أنه قال في رواية إنما الشفعة فيما
لم يقسم وإنما لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه. وقوله صرفت الطرق
أي جعل لكل قسم طريقًا على حدة. ولأن القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لأنه يتملك
على المشتري بغير رضاه وذا لا يجوز لقوله عليه السلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من
نفسه. إلا أنا تركنا القياس بالسنة وهي فيما لم يقسم. وهذا ليس في معناه. لأن حق
الأخذ ثم لدفع ضرر مؤنة القسمة إذ لو لم يأخذ لطالبه المشتري بالقسمة فتلحقه
مؤنة القسمة وهذا لا يوجد في حق الجار. ولنا ما روينا. وفيما روى بيان أن للشريك

شفعة. وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم فيما عداه. وإنما قد يقتضي تأكيد
المذكور لا نفي غير المذكور. قال الله تعالى إنما أنت منذر. وآخر الحديث ليس بثابت
ولو ثبت فالمراد به نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بما روينا. ولأن ملكه
متصل بالمبيع اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الأخذ بالشفعة عند وجود معاوضة
المال بالمال كالشريك. وهذا لأن الاتصال على هذا الوجه إنما صار سببا لدفع ضرر التأذي
بسوء المجاورة على الدوام حتى لا يثبت للمستأجر والمستعير إذ هو مادة المضار من حيث
إيقاد النار وإعلاء الجدار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار. ولا بد من دفع ذلك إذ لا يملك
أحدهما على الآخر فترجح الأصيل على الدخيل بأن يدفع ضرره بتحويل الصفقة إلى نفسه
إذ لا ضرر بالدخيل بأن يعود إلى رأس ماله وإنما علم ونجا قصده. ولأن تبدل الأصيل
بإنسان عاجز عن حفظه إلا ما أشد ضررا من ترك الحادث. وقوله المعنى في الأصل ضرر القسمة
قلنا يجوز أن يكون الأصل معلولا بعلتين على أن ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعا وما
وجب شرعا وصار حقا عليه لا يصلح علة لتحقيق ضرر المشتري بتمليك ماله بغير رضاه
وإنما المدفوع ضرر ليس بحق عليه شرعا. وأما الترتيب بين هؤلاء فلقوله عليه السلام
الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع. فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط
في حق المبيع والشفيع هو الجار. ولأنه لما ثبت أن سبب الاستحقاق الاتصال وذا في حق
الشريك في نفس المبيع أقوى لوجود اتصال كل جزء من المبيع بجزء من ملكه. ثم بعده الشريك
في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك وحقوقه ثم بعده الجار وقوة السبب موجبة
للترجيح. ولأن الضرر في حق الشريك بسوء الجوار ومؤنة القسمة. وضرر القسمة إن لم
يصلح علة صلح مرجحا لأن الترجيح أبدا إنما لا يكون علة الاستحقاق وليس الشريك في الطريق
والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة. فإن سلم فالشفعة للشريك في الطريق وإن سلم
أخذها الجار لما بينا. والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه
في سكة أخرى. وصورته منزل مشترك بين اثنين في دار هي لقوم في سكة غير نافذة
فإذا باع أحد الشريكين نصيبه من الميراث فالشريك في المنزل أحق بالشفعة. فإن سلم
فالشركاء في الدار أحق بالشفعة للشركة في الطريق من الشركاء في السكة لأنهم
أخص في الشركة بينهم في صحن الدار فإن سلموا فأهل السكة أحق بالشفعة للشركة
في الطريق. وإن سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة
أخرى. وعن أبي يوسف رحمه الله أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره
سلم أو استوفى لأنهم محجوبون. وجه ظاهر الرواية أن السبب ثابت للكل إلا أن
الشريك مقدم فإذا سلم كان لمن يليه أن يستوفي كغرماء الصحة مع غرماء المرض
في التركة. فإنه إذا سقط حقهم بالإبراء كانت التركة لغرماء المرض. ولهذا قلنا ينبغي
للجار أن يطلب الشفعة إذا علم بالبيع مع الشريك حتى إذا سلم الشريك تمكن من أخذه

فإن لم

فإن لم يطلب مع علمه حتى سلم الشريك فلا حق له بعد ذلك. والشريك في المبيع قد يكون
في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو حائط معين منها فهو مقدم على الجار
في المنزل وكذا الجار في بقية الدار لأن اتصاله أقوى. ثم لا بد أن تكون الشركة في الطريق
أو الشرب خاصة حتى يستحق بها الشفعة. فالطريق الخاص أن يكون نافذ أو الشرب
الخاص أن يكون نهرا لا تجري فيه السفن. ثم قيل لا يريد به أصغر السفن وما تجري
فيه السفن فهو شركة عامة. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعن أبي
يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة
وما زاد على ذلك فهو عام. وإن كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي
مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلأهلها الشفعة خاصة دون أهل العليا لأنه لا شركة
لهم فيها ولا حق المرور. وليس لهم أن يفتحوا فيها بابا فكانت كالمملوكة لأهلها. وإن
بيعت في العليا فلأهل السكتين لأن لأهل السفلى حق المرور فيها. ولو كان نهرا
صغيرا يأخذ منه نهر أصغر منه فهو على قياس الطريق كما بينا. ووضع الجذوع على الحائط
والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار جار. وتأويله إذا كان له حق وضع الخشبة
على الحائط من غير أن يملك شيئا من رقبة الحائط لأنه إذا كان هكذا فله حق الشغل لا غير
فكان جارا لا شريكا وكذا موضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار وإنما هو جار ملازق
والشفعة عندنا على عدد الرؤوس دون مقادير الأنصباء. وقال الشافعي على مقادير
الأنصباء. وبيانه في الدار بين ثلاثة لأحدهم نصفها ولآخر ثلثها ولآخر سدسها فباع
صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضي بالشقص المبيع بينهما عند الشافعي
رحمه الله أثلاثا بقدر ملكيهما. وإن باع صاحب السدس قضي بينهما أخماسا. وإن باع صاحب
الثلث قضي بينهما أرباعا. وعندنا يقضي بينهما نصفان في الكل. له أن الشفعة
من مرافق الملك لأنها تستحق بالملك وتجب لتكميل منفعة الملك فتكون على قدر الملك
كالولد والثمر والربح والغلة في الملك المشترك. ولنا أنهما استويا في سبب
الاستحقاق وهو الاتصال فيستويان في الاستحقاق. وهذا لأن علة الاستحقاق أصل
الملك لا قدره. ولهذا لو باع صاحب الكثير نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل
بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ الكل بالشفعة
فملك كل جزء من المبيع علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة. وكثرة الاتصال تشعر
بكثرة العلة والترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة. لأن ما يصلح علة بانفراده لا يصلح مرجحا
كما في كثرة الشهود وكثرة الجراحات وكثرة الأقيسة. وعند ظهور الترجيح
المرجوح مدفوع بالراجح. وهنا لا يبطل حق صاحب القليل فعرفنا أنه لا ترجيح في جانبه
واللبن والثمر ونحوهما متولدة من العين فيتولد بقدره الملك أما ملك غيره فلا يتولد
من ملكه فكيف يجعل كالثمر والولد واللبن. ولو أسقط بعضهم حقه فهي للباقين

في الكل على عددهم لأن السبب كامل في حق كل واحد منهم والنقصان للمزاحمة وقد زالت
ولو كان البعض غائبا يقضي بها بين الحضور على عددهم لأنهم لو امتنع لا يمتنع بطلب
الغائب وهو مشكوك فيه فلا يمتنع الاستيفاء للحضور مع تيقن حقهم وإن قضي للحاضر
بالكل ثم حضر آخر قضي له بالنصف ولو حضر ثالث قضي له بثلث ما في يد كل واحد
تحقيقا للتسوية بينهم فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالكل لا يأخذ القادم إلا
النصف لأن القاضي لما قضى بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف
ما قبل القضاء والشفعة تجب بعقد البيع أي بعده إلا أنه سبب لما مر أن سببها
الاتصال وهذا لأن الشفعة إنما تجب عند رغبة البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها
ألا ترى أنه يكتفى بثبوت البيع في حقه ولهذا كان للشفيع أن يأخذ الشفعة إذا
أقر البائع بالبيع وإن كذبه المشتري لثبوت البيع بإقرار البيع وإن لم يثبت
ملك المشتري لإنكاره وتستقر بالإشهاد لأنه لا بد من طلب المواثبة لأن حق
الشفعة ضعيف يبطل بالإعراض قال عليه السلام كحل العقال ولا بد من إثبات
طلبه عند القاضي ولا يتمكن من ذلك إلا بالإشهاد وتملك بالأخذ إذا سلمها المشتري
برضاه أو حكم بها حاكم فإنه يثبت الملك بحكمه وإن لم يأخذ الدار وهذا لأن الملك
قد تم للمشتري فلا ينتقل عنه إلى الشفيع إلا بالرضا أو القضاء كما في الرجوع في الهبة
وفائدته تظهر فيما إذا مات الشفيع بعد طلب المواثبة والتقرير أو باع داره المستحق
بها الشفعة أو بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم المشتري
لا تورث عنه في الصورة الأولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لعدم الملك

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

وإن علم الشفيع بالبيع أشهد في مجلسه على طلبه ثم على البائع لو كان المبيع في يده
أو على المبتاع أو عند العقار ثم لا يسقط بتأخيره اعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه
أحدها طلب المواثبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب وأخر
ساعة بطلت شفعته لقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولأنه إذا سكت
عن الطلب فذلك منه دليل الرضى بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضى كصريحه ولو أخبر
بكتاب والشفعة في أوله أو في وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفعته وعلى
عامة المشايخ وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه أن له مجلس العلم وهو اختيار
الكرخي رحمه الله لأن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب لمحق البائع ذلك
بإيجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهذا مثله وعلى هذه الرواية إذا علم
فقال الحمد لله أو لا حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحان الله تعالى فهو على شفعته
لأن الأول حمد على الخلاص من سوء جوار البائع مع الأمن من ضرر الدخيل بالشفعة
والثاني تعجب منه لقصد إضراره والثالث لافتتاح الكلام هو عرف بعض الناس

فلا يدل

فلا يدل شيء منه على الإعراض وكذا إذا قال من ابتاعها أو بكم بيعت فليس بإعراض
لأنه قد يرضى بمجاورة إنسان دون غيره وقد يصلح له بثمن دون ثمن فكان التعرف
عن هذا تحقيقا للطلب لا إعراضا عنه والمراد بقوله أشهد في مجلسه ذلك على
المطالبة طلب المواثبة والإشهاد فيه ليس بلازم وإنما الإشهاد لمخافة الجحود حتى
لو جحد المشتري هذا الطلب فالشهود يشهدون له على ذلك ويصح الطلب بكل
لفظ يفهم منه طلب الشفعة كقوله طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها لأن
العبرة للمعنى وفي العرف يراد بهذه الألفاظ الطلب للحال لا الخبر عن أمر ماض
أو مستقبل حتى قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد ابن الفضل الرستاقي رحمه الله
إذا سمع ببيع أرض بجنب أرضه فقال شفعت شفعة كان ذلك منه طلبا فإذا بلغ
الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الإشهاد حتى يخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان
أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه أن يشهد إذا أخبره واحد
حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة إذا كان ذلك الخبر حقا وهو نظير الاختلاف
في عزل الوكيل وقد مر بأخواته وهذا بخلاف المخيرة إذا بلغها التخيير فإنه لم يعتبر
في التخيير أحد شطري الشهادة عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ليس فيه إلزام حكم
بل هو إبقاء ما كان على ما كان وفي حق الشفيع إلزام حيث يلزمه ضرر سوء الجوار
وبخلاف ما إذا قال الشفيع قد اشتريت فلم يطلب فإنه تبطل شفعته وإن لم يكن
عدلا لأنه خصم في هذا والعدالة غير معتبرة في الخصوم وثانيها طلب التقرير
والإشهاد لأنه محتاج إليه لإثباته عند القاضي ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب
المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده إلى طلب الإشهاد والتقرير حتى لو سمع
الشراء بحضرة البائع أو المشتري أو الدار وطلب طلب المواثبة وأشهد على ذلك فذاك
يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا في الفتاوى الظهيرية وبيانه أن ينتهض
من المجلس ويشهد على البائع إن كان المبيع في يده بأن لم يسلم إلى المشتري لأن اليد له
أو على المشتري لأن الملك له أو عند العقار لتعلق الحق به فإذا فعل ذلك استقرت
شفعته ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن حتى لو لم يطلب بعد ما تمكن من الطلب
الثاني عند حضرة البائع أو المشتري أو الدار بطلت شفعته نفيا للضرر عن المشتري لا
بعد ما يتصرف في الدار على تقدير أنه لا يطلب الشفعة ثم يطلب الشفعة بعده فينقض
تصرفه في الدار وإذا لم تكن الدار في يد البائع لا يصح الطلب منه لأنه لم يبق له يد ولا ملك
فصار كالأجنبي كذا ذكر القدوري في شرحه وذكر شيخ الإسلام خواهرزاده
رحمه الله أنه يصح استحسانا لأن الإشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري
وصورة هذا الطلب أن يقول إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وكنت طلبت
الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط

تسمية المبيع وتحديده. لأن المطالبة إنما تصح في معلوم. فإذا لم يتبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع فلم يتعلق بها حكم. والثالث الخصومة والتملك وسنبين كيفيته إن شاء الله تعالى. ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهو ظاهر الرواية. وعن محمد إن تركه ذلك شهرا بعد الإشهاد بطلت شفعته وهو قول زفر رحمه الله. ومعناه إذا تركها بغير عذر كالمرض والحبس ونحوهما. لأنه لو لم يسقط حقه بتأخير الخصومة أبدا يتضرر به المشتري فإنه يتعذر عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع. وإنما قدرناه بشهر لأنه في حكم الآجل وما دونه عاجل بدليل السلم واليمين. عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا ترك المخاصمة اختيارا في مجلس من مجالس القاضي تبطل الشفعة. لأنه دليل على إعراضه وتسليمه. وجه ظاهر المذهب وعليه الفتوى أن حقه قد تقرر شرعا فلا تبطل بتأخيره كسائر الحقوق. إلا أن يسقطها بلسانه وما ذكر من الضرر يمكنه أن يرفع إلى القاضي حتى يأمره بالأخذ أو بالترك فمتى لم يفعل فهو الذي أضر بنفسه. ألا ترى أن الشفيع لو كان غائبا لا تبطل شفعته. ولا فرق في حق المشتري بين الحضرة والغيبة ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لأنه لا يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عذرا. فإن طلب الشفيع الشفعة عند قاض سأل المدعى فإن أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأل عن الشراء فإن أقر به أو نكل أو برهن قضى بها. اعلم أنه إذا تقدم الشفيع إلى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فإن أقر بملكه الذي يشفع به وإلا كلفه إقامة البينة. لأن اليد تحتمل أن تكون يد ملك وغير ذلك والمحتمل لا يصلح أن يكون حجة للإلزام على الغير. وقال زفر والشافعي رحمهما الله استحق الشفعة بظاهر الملك باعتبار اليد ولا يحتاج إلى إقامة البينة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله. لأن اليد دليل الملك ألا ترى أنه إذا رأى شيئا في يد إنسان حل له أن يشهد بالملك بناء على اليد. وينبغي أن يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار المشفوعة وحدودها. لأنه يدعي فيها حقا فصار كما لو ادعى رقبتها. ولم يشترط التحديد لأن الدعوى إنما تصح بعد إعلام المدعي وإعلامه بذكر الحدود. فإذا بين ذلك سأله عن السبب الذي يدعي به الشفعة لاختلاف أسبابها فلا بد من البيان ليظهر أن ما جعله سببا هل هو سبب أم لا. فإن قال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها وبين حدودها أيضا تم دعواه. فإن عجز الشفيع عن إقامة البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك الدار التي يطلب الشفعة بها لأنها حقه. وهذا لأنه ادعى عليه أمرا لو أقر به يلزمه فإذا أنكر استحلف وإنما يحلف على العلم لأنه استحلاف على ما في يده. فإن نكل أو أقام الشفيع بينة ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعده يسأل القاضي المدعى عليه هل اشترى أم لا. فإن أنكر الشراء يقال للشفيع أقم البينة. لأن الشفعة

لا يجب

لا يجب إلا بعد البيع وثبوته يكون بالحجة. فإن عجز عن إقامة البينة استحلف المشتري بالله ما اشتريت هذه الدار وبالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فالأول على السبب والثاني على الحاصل وقد مر بيانه في الدعوى. وإنما يحلفه على البتات لأنه يحلف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وقد مر أن في مثله يحلف على البتات. وتجوز المنازعة في الشفعة وإن لم يحضر الشفيع الثمن إلى مجلس القاضي. فإذا قضى القاضي بالشفعة لزمه إحضار الثمن وهذا ظاهر رواية الأصل. وعن محمد رحمه الله أنه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله. لجواز أن يكون الشفيع مفلسا فيتوى مال المشتري. وقد قال عليه السلام لا توى على مال امرئ مسلم. وجه الظاهر أن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه فلا يجب إحضاره. وهذا لأنه لا إحضار للتسليم ولا يجب عليه تسليمه قبل القضاء وإذا قضى القاضي له بالشفعة قبل إحضار الثمن فللمشتري أن يحبس الدار عنه حتى يستوفي الثمن. لأنهما بمنزلة البائع والمشتري وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضا لأنه قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ ووجب عليه الثمن فيحبسه فيه فلو أخر أداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن إليه لا تبطل شفعته عند محمد رحمه الله لتأكدها بالقضاء. وللشفيع أن يخاصم البائع إذا كان المبيع في يده لأن البائع يصير مستحقا عليه يدا فكانت الخصومة ثابتة قبله كالمالك. ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه. لأن الملك للمشتري واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا. والقاضي يقضي بهما للشفيع فيشترط حضورهما. ولأن الأخذ من يد البائع يوجب انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذا لا يتم إلا بحضرة من المشتري فيشترط حضورهما لذلك. بخلاف ما إذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يشترط حضور البائع. لأن حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم إلى المشتري فصار هو كأجنبي آخر. ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن ينفسخ في حق الإضافة إلى المشتري. لأنه إذا أخذ بالشفعة فاتت بأخذه القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذا يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض إلا أنه يبقى أصل البيع. لأن قول البائع للمشتري بعت إيجاب للبيع وقوله منك إضافة إليه. فإذا أخذ الشفيع بالشفعة صار كأن ذلك البيع أضيف إلى الشفيع بعد أن كان مضافا إلى المشتري فينتقض البيع في حق الإضافة إليه لا أنه ينتقض أصل العقد. كما إذا رمى سهما إلى إنسان فتقدم عليه غيره فأصابه فالرمي في نفسه لم يتبدل ولكن الإنسان تبدل والتوجيه على الأول قد انقطع بتخلل هذا الثاني فخرج من أن يكون مقصودا بالرمي فكذا ههنا تحولت الصفقة إليه كأن هذا العقد من الابتداء وقع معه. وقال الشافعي رحمه الله العهدة على المشتري بكل حال. سواء أخذها من يد البائع أو من يد المشتري. لأن عنده حقوق العقد ترجع إلى المالك والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم. لأن الأخذ بالشفعة من حقوق العقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد

فالعاقد هو الوكيل لأنه يسلم الدار إلى الموكل فيكون الموكل هو الخصم لأنه لا يد للوكيل ولا ملك. وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل فتسليمه إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه. فإن قيل لو كان هو كالبائع والموكل كالمشتري لشرط حضورهما كما شرط ثمة. قلنا إنه نائب عن الموكل فكان حضوره كحضوره في الخصومة فيجعل الشرط التسليم بخلاف البائع مع المشتري فإنه لا يكتفى بحضور البائع حتى يحضر المشتري لأن البائع ليس بنائب عن المشتري. وكذا إذا كان البائع وكيلا للغائب فللشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد. وكذا إذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه على ما سيجيء في موضعه إن شاء الله تعالى. وللشفيع الرد بخيار الرؤية والعيب وإن شرط المشتري البراءة عنه على من أخذها منه. لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء لتحول الصفقة إليه فيثبت فيه الخيار كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأن المشتري ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته في حقه.

فصل في الاختلاف

وإن تنازع الشفيع والمشتري في الثمن والدار مقبوضة والثمن منقود فالقول للمشتري. لأن الشفيع يدعي حق الأخذ عند نقد الأقل والمشتري ينكر والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأنه لا نص هنا. والتحالف في غير مورد النص إنما يكون إذا ادعى كل واحد على الآخر حقا والمشتري هنا لا يدعي على الشفيع شيئا. لأن المدعي هو الذي لو ترك ترك. والمخصص بعد الصفقة الشفيع عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله البينة بينة المشتري لأنها تثبت زيادة الثمن والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل كما لو اختلف البائع والمشتري أو الوكيل بالشراء مع الموكل في مقدار الثمن أو المشتري من العدو مع المالك القديم في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فإن بينة البائع والوكيل والمشتري من العدو أولى لما فيها من إثبات الزيادة. ولهما أنه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع. ألا ترى أنه لو اشترى مرتين مرة بألف ومرة بالفين كان للشفيع أن يأخذ بأيهما شاء. فعرفنا أنه لا تنافي بينهما في حقه فيجعل في حق الشفيع كأن الشراءين ثابتان فله أن يأخذ بأيهما شاء. بخلاف البائع مع المشتري لأن العمل بالبينتين ثمة غير ممكن فإن العقد الثاني لا يتصور إلا بانفساخ الأول في حقهما فصرنا إلى الترجيح بالزيادة. وهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع فأمكن اعتبار التعيين في حقه فلا يصار إلى الترجيح. وأما الوكيل مع الموكل إذا اختلفا فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أن البينة بينة الموكل. ولئن سلم فلأن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري وقد بينا العذر فيه. وأما المالك القديم مع المشتري من العدو فقد نص في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم فلنا أن نمنع. ولئن سلمنا فهناك العمل بالبينتين غير ممكن في حق المالك القديم لأن الشراء الثاني لا يصح إلا بانفساخ الأول فصرنا إلى الترجيح بالزيادة. ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري

غير ملزمة

غير ملزمة والبينات للإلزام فترجح الملزم من البينتين. وهذا لأنه إذا قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار شاء أو أبى. وإذا قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكن يتخير بين أن يأخذ أو يترك. وبه فارق بينة البائع مع المشتري وبينة الوكيل مع الموكل لأن كل واحدة منهما ملزمة فرجحنا بالزيادة. وفي مسألة المشتري من العدو نقول على هذه الطريقة البينة بينة المالك القديم لأنها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة. ولو ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض البائع الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع فكان ذلك حطا عن المشتري. وذلك لأن الثمن إن كان كما قال البائع فظاهر وإن كان أكثر كما قال المشتري فقد حط الثمن عن المشتري والحط عن المشتري حط عن الشفيع لما نبين إن شاء الله تعالى. ولو ادعى البائع أكثر تحالفا وترادا. وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك. لأن النكول بمنزلة الإقرار لما يدعيه صاحبه. فإن حلفا فسخ القاضي العقد بينهما وأخذها الشفيع بما قال البائع. لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع كما لو رد عليه بعيب بقضاء قاض. فإن كان قبض الثمن أخذها بقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لأن حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن إليه فصار هو كأجنبي آخر فلا قول له بعده في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول للمشتري. وإن كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن أخذها الشفيع بألف لأنه أخبر عن الثمن في حال له ولاية البيان فيبنى الحكم عليه. وإن قال قبضت الثمن وهو ألف أخذها الشفيع بقول المشتري لأنه لما أقر باستيفاء الثمن أولا خرج من البين فلم يقبل بيانه وقد خرج من البين

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع خلافا للشافعي رحمه الله. وإن حط كل الثمن لم يسقط عن الشفيع. وأصله مر في البيوع أن حط البعض يلتحق بأصل العقد عندنا. ويخرج المحطوط من أن يكون ثمنا فيبقى الثمن ما بقي فيأخذها الشفيع بذلك. وعنده لا يلتحق. ولو كان الشفيع أخذها بالألف ثم حط البائع عن المشتري تسعمائة فإنه يحط ذلك عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لأنه ظهر أنه أخذ منه فوق حقه. بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد لأنه حينئذ يصير العقد بلا ثمن. وإن زاد المشتري البائع في الثمن لم يلزم الزيادة في الشفيع لأنه استحق أخذها بالثمن الأول قبل الزيادة والمشتري لا يملك إبطال الحق الثابت له فلا يملك تعيينه أيضا. ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول. ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمة العرض عندنا. وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار دفعا للضرر عن المشتري وصونا لقيمة ملكه إليه. ولنا أن الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري والمثل نوعان كامل

وهو المثل صورة ومعنى • وقاصر وهو المثل معنى • فان اشتراها بمكيل او موزون
اخذها بمثله لقدرته على المثل الكامل لانهما من ذوات الامثال • وان اشتراها بعرض
اخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولئن كان بيع
الشي بالقيمة فهو في حالة البقا قصاصه كما لو استحق احد العبدين • ويعتبر قيمة العرض
وقت الشراء لا وقت الاخذ • وان باع عقارا بعقار اخذ كل شفيع كل واحد منهما بقيمة
الاخر لانه من ذوات القيم والعددي المتقارب من ذوات الامثال • واذا باع دارا بثمن
موجل فللشفيع الخيار ان شا اخذها بثمن حال وان شا صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها
وليس له ان ياخذها في الحال بثمن موجل • وقال زفر والشافعي ومالك رحمهم الله
له ذلك • لان للشفيع حق الاخذ بالثمن الذي تملك به المشتري بصفته كما لو اشتراها
بالف زيوف والاجل صفة للدين يقال دين موجل ودين حال • ولنا ان التاجيل
ثبت شرطا لا يقتضيه العقد ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع او المشتري فلا يثبت
في حق الشفيع كالخيار والرضا به في حق المشتري لا يكون رضى في حق الشفيع لتفاوت الناس
في الملاءة • والاجل ليس بوصف للثمن لان الثمن للبايع والاجل حق المشتري على البايع وكيف
يكون صفة للثمن وصار كما لو اشترى شيا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل
في حقه بغير الذكر كذا هنا • فان اختار ان ياخذها في الحال فان اخذها من يد البايع سقط
الثمن عن المشتري لما مر ان البيع ينفسخ في حق المشتري • ويقوم الشفيع مقام المشتري
وبانفساخ العقد يسقط الثمن عن المشتري • فان اخذها من المشتري ودفع اليه الثمن
في الحال كان الثمن للبايع على المشتري الى اجله لتقرر العقد بينهما فصار كما اذا باعه بثمن
حال وقد اشتراه بثمن موجل فان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر
من حيث النقدية • وان اختار الانتظار فعليه ان يطلب الشفعة في الحال حتى اذا لم يطلب
لم يكن له ان ياخذها بعد حلول الاجل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وفي قول ابي
يوسف الاخر له ان ياخذها • لان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا
يتمكن من الاخذ فلا فايدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرغبه فاينه لا لاعراضه
عن الاخذ • وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت بدليل انه لو اخذ بثمن حال
كان له ذلك • والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفعته • وان اشترى ذمي من
ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير • لان البيع
بالخمر والخنزير صحيح فيما بينهم فيثبت للشفيع حق الشفعة ثم الشفيع ياخذ بمثل
ما تملكه به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل والخمر بهذه الصفة وبالمثل معنى فيما
لا مثل له من جنسه والخنزير بهذه الصفة لانه حيوان ليس من ذوات الامثال • وان كان
شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير • اما الخنزير فلانه من ذوات القيم واما الخمر
فلان المسلم عاجز عن تسليمها وتسلمها فالتحق بذوات القيم • وان كان شفيعها مسلما وذميا

اخذ

اخذ الذمي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل • فلو اسلم
الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لانه عجز عن تملك عين الخمر باسلامه فياخذ بالقيمة كما
لو كان مسلما عند العقد • ولا تبطل شفعته لان الاسلام سبب لتاكد حقه لا لا بطاله
فصار كما لو اشترى دارا بكر من رطب فحضر الشفيع بعد ما انقطع الرطب من ايدي
الناس فانه ياخذ الدار بقيمة الرطب كذا هنا • واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي
للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شا اخذها بالثمن وقيمة البنا او الغرس مقلوعا • وان شا
كلف المشتري قلعه • وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذها
بالثمن وقيمة البنا والغرس وبين ان يترك • وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لان له ان
لا يرضى بضرر هذا الجار ولكن ليس له ان يضر به بنقض بنايه فان ضمن له ذلك فله الاخذ
والا لا • ولنا انه بنى او غرس فيما للغير فيه حق متاكد بغير تسليط من له الحق فله الامر
بنقضه كالغاصب اذا بنى في الدار المغصوبة وكالراهن اذا بنى في المرهون • وهذا لان حق
الشفيع اقوى من حق المشتري لتقدمه عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وتسليمه واجارته
وجعله مسجدا او مقبرة وجعل ذلك كالتصرف في ملك الشفيع في حق النقض فكذا
تصرفه بناء وغرسا لانه يضر بالشفيع من حيث انه يلزمه زيادة في الثمن ولم يرض به
بخلاف الموهوب له اذا بنى في الموهوب او المشتري شراء فاسدا اذا بنى على قول ابي حنيفة
رحمه الله لحصوله بتسليط من جهة من له الحق وهو الواهب والبايع ولا تسليط هنا • ولان
حق الاسترداد للبايع والواهب ضعيف حتى لا يبقى بعد البنا • وهذا الحق قوي حتى يبقى بعده
فلا تجب القيمة كما في الاستحقاق • فان قيل في تكليف المشتري القلع يلحقه ضرر ولا
جابر له • ولو اوجبنا قيمة البنا والغرس على الشفيع عند اختياره الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن
الا ان له جابرا لانه يدخل في مقابلته في ملكه عوض وهو البنا والغرس ببدل الاهون من الضرر
بغير بدل فيجب دفع الضررين بتحمل الادنى • قلنا الترجيح انما يكون بعد المساواة في اصل الحق
ولا مساواة هنا لعدم حق الشفيع ولا ما يوافقه لو اخذه • فيحتاج الى قلعه فيلزمه ضرر
زايد • واما اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع فله ان ياخذها بالشفعة ويقلع الزرع قياسا
لما بينا وفي الاستحسان لا ياخذها بالشفعة ويقلع الزرع قياسا حتى يدرك الزرع لان
الزرع له نهاية معلومة ويبقى بالاجر • فلو اثبتنا له حق القلع في الحال لادى الى الاضرار بالمشتري
ولو اخرنا الى ان يدرك يتاخر حق الشفيع • وضرر التاخير دون ضرر الابطال فكان تحمله احق
ولو اخذها الشفيع بالشفعة فبنى فيها او غرس ثم استحقت يرجع بالثمن لانه ظهر انه اخذ
بغير حق ولا يرجع بقيمة البنا والغرس على البايع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها
منه • وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البايع والمشتري • ووجه
المشهور ان حق الرجوع بقيمة البنا انما يثبت لدفع الغرور والبايع التزم السلامة للمشتري
عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورا من جهة البايع ولا غرور في حق الشفيع لانه يملك

على صاحب اليد جبرًا بغير اختيار منه فلا يرجع • ولأن البائع بإيجاب البيع سلّط المشتري
على البناء والمأخوذ منه فلا يرجع • ولأن البائع بإيجاب البيع سلّط المشتري على البناء والمأخوذ
منه بالشفعة لم يسلّط الشفيع على البناء بل هو مجبر على تسليمها إليه فلا يرجع بقيمته عليه كجارية
أسرها الكفار وأحرزوها بدارهم ثم أخذها المسلمون فوقعت في سهم غازٍ فأخذها المالك
القديم بالقيمة واستولدها فجاء مستحق وأقام البينة أنها أمته دبّرها قبل الأسر ردّت عليه
لأنها لا تملك بالإحراز • ويضمن العقر وقيمة الولد للمستحق • ويرجع المستولد على الغازي
بقيمتها التي دفعها إليه لأنه دفع القيمة لتسلم له الأمة ولم تسلم ولا يرجع عليه بالعقر
وقيمة الولد لأن المأخوذ منه مجبر على الدفع إليه فلا يصير غارًّا إياه • وكذا إن قسمت
بين اثنين فبنى أحدهما ثم استحقت حصته لا يرجع على شريكه بقيمة البناء لأن كل واحد
منهما مجبر على القسمة • بخلاف الدارين فإنهما لو اقتسماهما فأخذ كل واحد منهما دارًا أو بنى
أحدهما ثم استحقت فإنه يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء لأنه بمنزلة البيع • فإذا انهدمت
الدار أو احترق بناؤها أو جف شجر البستان بغير فعل أحد فللشفيع أن يأخذها بكل الثمن
إن شاء • وقال الشافعي رحمه الله في قول يأخذ بالحصة • وأصله أن الثمن بمقابلة الأصل
دون الأوصاف عندنا حتى إن فوت الوصف في يد البائع لا يسقط شيئًا من الثمن وعنده
يسقط • ثم البناء وصف وتبع • ولهذا دخل في بيع الأرض من غير ذكر • وهذا لأن قوام
البناء بالأرض كقوام الوصف بالموصوف • وإذا فات البناء فقد فات ما هو تبع ووصف
فلا يسقط شيء من الثمن • ولهذا كان له أن يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف
ما إذا غرق نصف الأرض فإن للشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن إن شاء لأن الفائت
هنا أصل وليس بوصف • وإن شاء ترك لأن له أن لا يتملك الدار بماله • وإن نقض المشتري
البناء فللشفيع أن يأخذ الأرض بحصتها من الثمن إذا قسم على قيمة الأرض وقيمة البناء وقت
العقد إن شاء • وإن شاء ترك لأنه بالاستهلاك صار مقصودًا فأخذ قسطًا من الثمن
بخلاف الأول لأن الهلاك ثمة بآفة سماوية • وليس للشفيع أن يأخذ النقض لأنه منقول
وإنما كان يأخذه قبل النقض بطريق التبعية وقد زالت التبعية • ومن ابتاع أرضًا
ونخلًا وثمرًا فللشفيع أن يأخذ الأرض والنخل والثمر بكل الثمن إن شاء • ومعنى المسألة
أن الثمر ذكر في البيع لأن الثمر لا يدخل في بيع الأرض والنخل من غير ذكر • وهذا
استحسان • والقياس أن لا يأخذه لأنه ليس بتبع للنخل ولا للأرض • ولا يدخل في البيع
من غير ذكر فصار كالمتاع في الدار • وجه الاستحسان أنه تبع ما دام متصلًا فيعطى
له حكم النخل • وللشفيع حق أخذ النخل فكذا أحق أخذ ما كان تبعًا له • وكذا إن ابتاعها
وليس في النخيل ثمر فأثمر في يد المشتري فللشفيع أن يأخذه لأنه مبيع تبعًا لسراية البيع
إليه كما عرف في ولد المبيع • فإن جذّه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر
في الفصلين لبطلان تبعيته للعقار وقت الأخذ بالانفصال • فإن جذّه المشتري

في الفصل

في الفصل الأول يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لأنه دخل في البيع قصدًا فكان له قسط
من الثمن فيفوت فيسقط بفواته • وإن جذّه في الفصل الثاني يأخذ الأرض والنخل بكل
الثمن لأنه لا يقابله شيء من الثمن لحدوثه بعد القبض • والزيادة الحادثة ثم بعد القبض
لا حصة لها من الثمن لأنه لم يرد عليها العقد ولا القبض الذي له شبه بالعقد بفواتها
لا توجب سقوط شيء من الثمن

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

وتجب الشفعة في العقار وإن كان مما لا يقسم كالحمام والرحى والبئر والنهر
والطريق إن ملك بعوض هو مال • وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم وهو
بناء على أن الشفعة عنده تجب لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وفيما لا ينقسم لا يتحقق فيه
هذا المعنى لأنه لا يندفع بالأخذ مؤنة المقاسمة عن نفسه • وقال مالك رحمه الله لا
شفعة في الآبار لأن النص ورد بها في العقار • ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء
عقار أو ربع وغير ذلك من العمومات التي رويناها • ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع ضرر
التأذي باعتبار اتصال ملكه بملكه • وهذا المعنى موجود فيما يقسم وفيما لا يقسم وشرطه
أن يكون العوض مالًا لتمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري
صورة ومعنى أو معنى لا صورة كما مر • ولا شفعة في العروض والسفن • وقال
مالك رحمه الله تثبت في السفن أيضًا لأنها تسكن كالعقار • ولنا قوله عليه السلام لا شفعة
إلا في ربع أو حائط • ولأن الشفعة إنما شرعت بخلاف القياس في العقار لدفع ضرر سوء الجوار
على الدوام وما ينقل ويحوّل فالتأذي فيه لا يدوم • لأن الملك في المنقول لا يدوم كما يدوم
في العقار لأنه لا يشترى عادة للبيع بل لمصلحة المعاش • بخلاف المنقول فلا يلحق به • ولا
شفعة في بناء ونخل بيعا بلا عرصة لأنه نقلي • وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة
ويستحق به الشفعة في السفل • وإن لم يكن طريق العلو في السفل لأنه التحق بالعقار بما له من
حق القرار • والمسلم والذمي والذكر والأنثى والصغير والكبير والحر والمملوك إذا كان مأذونًا
أو مكاتبًا والباغي والعادل في حق الشفعة سواء • لأن النصوص لا تفصل لأنهم استووا في
علة الاستحقاق وفي دفع ضرر التأذي بسوء الجوار فيستوون في الاستحقاق • ولا شفعة
في دار جعلت مهرًا وإن قوبل بعضها مال وأجرة وبدل الخلع وصلح عن دم عمد وعتق والأصل
أن الشفعة عندنا تختص بمعاوضة مال بمال مطلق لأنها تثبت بخلاف القياس بالآثار في معاوضة
مال بمال فيقتصر عليها • ولا شفعة في دار يتزوج الرجل عليها لأن البضع ليس بمال • وكان المملوك
صداقًا بمنزلة الموهوب • ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد على الزوج ألف درهم فلا شفعة
في شيء منها عند أبي حنيفة رحمه الله • وعندهما تقسم الدار على مهر مثلها والألف درهم فما أصاب
الألف تجب فيها الشفعة اعتبارًا للبعض بالكل • وله أن البيع تبع للنكاح هنا لأن العقد
حصل بلفظ النكاح • ولو كان أصلًا لكان هذا نكاحًا في بيع فيفسد البيع • ولما جاء ثبت
أنه تبع ولا شفعة في الأصل فكذا في التبع • وهذا لأن الشفعة إنما شرعت في المعاوضة

المالية المقصودة • حتى اذا باع المضارب دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له وفي
المال ربح فانه لا ياخذها بالشفعة في حصة الربح لان الشفعة لم تجب فيما هو الاصل
لان المضارب وكيل في البيع وكل من بيع له لا تجب الشفعة فيه فلا تجب في البيع ايضا
او يستاجر بها دارا او غيرها او يخالع المراة بها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها
عبدا • وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة • لان هذه الاعواض متقومة عنده
لان التقوم حكم شرعي • والشرع جعل هذه الاشياء مضمونة بهذه الاعواض • وضمان
الشيء قيمة ذلك الشيء • الا ترى ان الشرع جعل المهر قيمة البضع • وكذا المنافع عندي
متقومة كالاعيان • فاذا جعل الدار عوضا عن البضع او نحوه وقد تعذر على الشفيع
الاخذ به فله ان ياخذ بقيمته كما لو اشترى بعبد • بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها
اصلا • وقوله انما يتاتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او اجرة او نحوهما المعرف • ولنا
ان المال ليس بمثل للمستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح قيمة له • لان قيمة الشيء
ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص • وهذا المعنى لا يتحقق بين المال وبين المستحق
بعقد النكاح غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر ابانة لخطره • واعظاما للعقد
وصونا لهذا العقد عن التشبيه بالاجارة على ما قررناه في النكاح فظهر تقومه في هذا المعنى
خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع • وكذا
المنافع ليست باموال عندنا ولهذا لا تضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب
وانما ظهر تقومها في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره • وكذا الدم والعتق غير متقوم
لان قيمة الشيء ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب وهو معدوم فيهما • وانما
وجبت الدية صيانة للدم عن الهدر • والاعتاق ازالة المالية واسقاطها فانى تقوم المالية
مقامه • ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها دارا مهرا لم يكن فيها شفعة لانه تعيين لمهر
المثل وهو مقابل بالبضع • بخلاف ما لو باعها بمهر مثلها او بالمسمى دارا • لان البيع مبادلة
مال بمال فالتنصيص على لفظ البيع دليل على انه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل او المسمى فكان
هذا مبادلة مال بمال • ولا شفعة فيما اذا صالح عن دار بانكار او سكوت لانه ينكر
مبادلة المال بالمال ويزعم انه يبقى على قديم ملكه وانما بذل المال افتداء ليمينه وقطعا للشغب
وان صالح عنها باقرار او صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة اما في الاول
فلوجود مبادلة المال بالمال لانه اعترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح واما في غيره
فلانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه والمرء مؤاخذ بزعمه اما اذا
كان من جنسه فلانه اخذ عين حقه فلا يكون معاوضة وقد مر في الصلح • ولا شفعة
في هبة لانها ليست بمعاوضة مال بمال فصارت كالارث الا ان تكون بعوض مشروط
لانه بيع انتهاء ولكن يشترط التقابض وعدم الشيوع في الموهوب والعوض لانه هبة
ابتداء لما مر في الهبة • وان لم يكن العوض مشروطا في العقد فلا شفعة فيهما لا في المالك

التقابض

رحمه الله

رحمه الله انه صار معاوضة فاشبه البيع • ولنا ان العوض اذا لم يكن مشروطا في العقد
لم يكن معاوضة • بل الهبة تبرع والعوض تبرع ولا شفعة في التبرعات وامتناع الرجوع
لمكان التعويض لا يصيره تبايعا • ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لان خيار
البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه
اولى • فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع عن خروج المبيع عن ملكه فصار
كان البيع وقع لازما من الاصل • وتكلموا ان طلب الشفيع يشترط عند البيع ام عند
سقوط الخيار • والاصح انه يشترط عند سقوط الخيار • لان البيع انما صار سببا لافادة الحكم
حينئذ • ولان حق الشفعة يبتني على انقطاع حق البائع • وحقه انما ينقطع عنده • فان
اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة • اما عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فلانه
صار مالكا للدار • واما عنده فلخروج الدار عن ملك البائع • وحق الشفعة يعتمد انقطا ع
حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري • حتى اذا اقر البائع بالبيع وانكر المشتري تجب
الشفعة • فان اخذها الشفيع من البائع في الثلاث فقد وجب البيع • لان المشتري عجز
عن الرد ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت الا لمن شرط له • والشرط
للمشتري دون الشفيع • فان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة
اما اذا كان الخيار للبائع فلان الملك في الدار عند هذا البيع للبائع • فاذا اخذها بالشفعة
فهو نقض منه للبيع • وكذا اذا كان الخيار للمشتري فان له الشفعة • اما عندهما
فظاهر • وكذا عنده لانه صار احق بها مع خياره وذا يكفي لثبوت حق الشفعة كالماذون
اذا بيعت دار بجنب داره • فان قيل لما كان اصل ابي حنيفة رحمه الله انه لا يملك المبيع
في مدة الخيار واستحقاق الشفعة باعتبار الملك • ولهذا لا يستحقه المستاجر والمستعير
فكيف يثبت للمشتري الشفعة في هذه قلنا المشتري صار اخص بالتصرف فيها فلاعتباره
يتحقق الضرر المحوج الى الدفع عن نفسه وصار كالمكاتب • وله جواب اخر قدمناه في باب
خيار الشرط • واذا اخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع لوجود دليل الرضا بخلاف
ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لم يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان اخذه
اياها بالشفعة دليل على اسقاط خياره • والتصريح باسقاط خيار الشرط صحيح من المشتري
فاسقاط خيار الرؤية باطل قبل ان يراها فكذا الدليل وهو الاخذ بالشفعة • ثم
اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية • لانه انما يملكها الان فلا يصير
بها جارا للدار الاخرى من وقت العقد • ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها
اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها واما بعد القبض فلاحتمال الفسخ • لان كل واحد
من المتبايعين بسبيل من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى • وفي اثبات الشفعة اسقاط
حق الفسخ وفيه تقرير الفساد فلا يجوز لافضائه الى التناقض • بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشتري في البيع الصحيح لما مر انه صار اخص به تصرفا وهنا منع عن التصرف • وان سقط

حق البايع في الفسخ بأن باع المشتري من آخر وجبت الشفعة لأن امتناع حق الشفعة إنما يكون لثبوت حق الفسخ فإذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة كما لو كان في البيع خيار البايع فسقط الخيار وللشفيع أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المذكور فيه أو ينقض البيع الثاني ويأخذ بالبيع الأول بقيمته لأنه اجتمع شيئان فله أن يأخذ بأيهما شاء فإن أخذ بالثاني أخذ بالثمن لأن الشرط الثاني صحيح فقد ملك المشتري بالثمن وإن أخذ بالأول أخذ بالقيمة لأن المبيع في البيع الفاسد مضمون بالقيمة فإن قيل إذا نقض البيع الثاني وجب أن يعود حق البايع في الاسترداد وحينئذ لا يثبت للشفيع الشفعة قلنا انتقاض البيع الثاني مع صحته لحق الشفيع مقتضي التملك بالشفعة فلا يجوز أن يكون مبطلا حق الشفيع لئلا يعود على موضوعه بالنقض فإن بنى فيها ينقطع حق البايع في الاسترداد ويجب على المشتري قيمتها وتجب للشفيع الشفعة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا ينقطع حقه في الاسترداد فلا تجب فيها الشفعة وقد مر في البيوع وللشفيع أن يأمر المشتري بهدم البناء لأنه لو بناه المشتري في البيع الصحيح يكون له حق النقض فإذا بناه في البيع الفاسد لأن يكون له حق النقض أولى ولا يلزم أن حق البايع إنما انقطع للبناء ومتى انهدم ظهر حقه ومتى ظهر حقه تبين أنه لا شفعة له لأنه إنما يظهر حقه إذا لم يتعلق به حق الغير وقد تعلق حق الغير به وصار كالبيع فإن اتخذها المشتري مسجدا فعلى هذا الخلاف وقيل ينقطع حقه إجماعا وإن بيعت دار بجنبها وهي في يد البايع بعد فللبايع أن يأخذها بالشفعة لأن الأولى في ملكه بعد فيكون جارا يملكها للدار الأخرى فإن سلمها إلى المشتري فهو شفيعها لأن الملك له ثم إن سلم البايع قبل الحكم بالشفعة بطلت شفعته كما لو باعها بخلاف ما لو سلم بعد الحكم لأن بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فيبقى المأخوذ بالشفعة على ملكه وإن بيعت دار بجنبها والدار في يد المشتري فطلب الشفعة ثم استردها البايع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت الشفعة لأنه انقطع ملكه عن الدار التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة له وإن استردها بعد الحكم بالشفعة بقيت المشفوعة على ملكه لما مر ولا شفعة في قسمة أي إذا قسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لأن القسمة تشتمل على الإفراز والمبادلة ألا ترى أن الممتنع عنها يجبر عليها والشفعة إنما وجبت في المبادلة المطلقة فلا يتعداها ومن اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لأنه فسخ من كل وجه فيعود إلى قديم ملك البايع فلا تتجدد للشفيع الشفعة لأن الشفعة في إنشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وإن ردها بعيب بغير قضاء أو تقايلا البيع فللشفيع الشفعة خلافا لزفر رحمه الله لأن العقد انفسخ بالرد بالعيب والإقالة ولأن الاعتبار بقصد المتصرف وهما قصدا الفسخ ولنا أن الرد بالعيب بغير قضاء

او الاقالة

أو الإقالة بمنزلة البيع المبتدإ لأنه تم برضاهما في مجلس كل واحد منهما مال متقوم ولبيت المعاوضة إلا أن هذا اعتبار أنهما قصدا الفسخ ولهما ولاية على أنفسهما فكان فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بيعا جديدا في حق الثالث والشفيع ثالثهما فيتجدد به حق الشفعة ومراده الرد بالعيب بعد القبض لأن قبل القبض فسخ من كل وجه وإن كان بغير قضاء لتمامه لعدم تمام الملك ولهذا ينفرد الراد به من غير أن يحتاج إلى رضا صاحبه أو قضاء قاض وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بجر الخيار ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية كما بينا وقد روي بنصب الخيار عطفا على الشفعة ومعناه أنه لا يثبت خيار الرؤية في القسمة وهو غير صحيح بل الصحيح المنصوص عليه في كتاب القسمة أن يثبت الخيار والشرط في القسمة لأنهما يعملان في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضى وقد وجد ذلك في القسمة وصحح شمس الأئمة السرخسي رحمه الله الرواية بالنصب أيضا وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضى وبه قال بعض المشايخ رحمهم الله

باب ما تبطل به الشفعة

وتبطل الشفعة بترك أحد الطلبين أي طلب المواثبة وطلب التقرير حتى لو ترك الشفيع طلب المواثبة حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بأن لم يأخذ أحد فمه أو لم يكن في الصلوة بطلت شفعته لأنها تبطل بالإعراض وذا إنما يثبت حالة الاختيار وهي بالاقتدار وكذا لو ترك طلب التقرير ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار لما مر وإن صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لأنه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكن طمع في غير مطمع وهو المال فإنه لا يستحق المال إلا بمقابلة ملك له وحق الشفيع ليس بملك له لأنه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك فلا يصح الاعتياض عنه لأنه يكون رشوة ولأن حق الشفعة تكون ثبت بخلاف القياس لدفع الضرر فلا يظهر ثبوته في حق الاعتياض ولا يتعلق إسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد وهو شرط المال فيه أولى بيانه أنه لو قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت فإنه تسقط شفعته وإن لم يسقط المشتري شفعته فيما اشتراه الشفيع فعلم
ظ أن إسقاط الشفعة لا يتعلق بالشرط الجائز إذ المعني به أن يكون ملائما للإسقاط واشتغال الشفعة بالعوض المالي شرط فاسد لأنه غير ملائم لأنه اعتياض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوة وإذا لم يتعلق يبطل الشرط ويصح الإسقاط وكذا لو باع شفعته من البايع أو من المشتري بمال لأن البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الإسقاط مجانا كبيع الزوج زوجته من نفسها وهذا بخلاف الاعتياض عن ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح وعن إسقاط الرق بالعتق لأن ذلك كله ملك متقرر في المحل أما ملك النكاح وملك العبد فظاهر وكذا القصاص لأنه ملك المحل في حق القتل ولهذا يتمكن من استيفائه بلا قضاء ولا رضا

فكان اعتياضا عن ملك في المحل فيصح وهذا كما لو قال للمخيرة اختاريني بالف او قال
العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت بطل خيارها ولم يثبت العوض
واختلفت الرواية في الكفالة بالنفس اذا اسقطها بعوض ففي رواية الكفالة باطلة
والعوض باطل كما في الشفعة وهو الاصح وفي رواية اخرى الكفالة لا تبطل ولا يجب
المال وقيل هذه الرواية في الشفعة حتى لا يصح الاعتياض ولا تبطل الشفعة وقيل
هي في الكفالة خاصة والفرق ان الشفعة تبطل بالاعراض بخلاف الكفالة واذا مات
الشفيع بعد البيع قبل القضاء بالشفعة بطلت شفعته ولم يكن لورثته حق الاخذ
بالشفعة وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه وان مات بعد قضاء القاضي
قبل نقد الثمن وقبضه لا تبطل شفعته له ان هذا حق معتبر في الشرع فيورث
عنه كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا انه مجرد حق التملك وهو ولاية التملك وذا
لا يبقى بعد موت صاحب الولاية فكيف يورث عنه بخلاف القصاص لان من
عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص حتى صح الاعتياض عنه والعين المملوكة
تبقى بعد موت المالك فاما الدار فلم تصر مملوكة للشفيع ولهذا لا يصح الاعتياض
ولا يملكها الا بتمليك القاضي او احد العاقدين والجواب عن حق الرد بالعيب مر
في باب خيار الشرط فهما نظيران وان مات المشتري لم تبطل شفعته لان المستحق
باق ولم يتغير سبب الاستحقاق بخلاف موت الشفيع فان
السبب الذي كان يأخذ به الشفعة يزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت
الاخذ شرط ولهذا لو باع ملكه قبل ان يأخذ المشفوع لم يكن له ان يأخذ بالشفعة
فكذا اذا زال بموته وليس للوارث جوار او شركة حادثة بعد البيع فلا تستحق
به الشفعة ولم يبع في دين المشتري ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري
فيكون مقدما على من تلقاه من قبله وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي او الوصي
في دين الميت فللشفيع ان يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري
في حياته وهذا لان بيعه تضمن ابطال حقه فلا يكون بسبيل منه وكذا لو اوصى
المشتري فيها بوصية اخذها الشفيع وبطلت الوصية كما لو تبرع بها في حياته بالهبة
واذا باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شراء المشتري قبل ان يقضى له بالشفعة وهو يعلم
بالشراء او لا بطلت شفعته لان الاستحقاق بالجوار او الشركة وقد زال التملك قبل
بخلاف ما لو باع الشفيع داره على انه بالخيار بعد شراء المشتري فانه يكون على شفعته
لان الملك لم يزل فبقي السبب وهو الاتصال بملكه ولو سلم الشفيع الشفعة بعد البيع
وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان المشتري حاضرا او غائبا لانه اسقاط فلا يتوقف
على العلم كالطلاق والابراء عن الدين ولهذا لا يرتد ولا يتوقف على قبول المشتري ويتم
به فان باع بعض داره شايعا فله الشفعة بما بقي لانه يجوز ان يستحق ابتداء بهذا

القدر

القدر فاولى ان يبقى وكذا لو باع بعضه مقسوما وذلك لا يلي المبيعة لان الجوار قايم
فان كان مما يلي الدار المبيعة بطلت الشفعة لزوال الجوار وان كان السفل لرجل
وعلوه لآخر فبيعت دار بجنبهما فالشفعة لهما لانهما جاران فان انهدمت الدار قبل
اخذ الشفعة لصاحب السفل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لقيام ما تستحق به الشفعة
وهو الاصل ولا شفعة لصاحب العلو لزوال ما كان يستحق به الشفعة وقال محمد
رحمه الله الشفعة لهما لان حقه قايم ايضا فانه يبني العلو اذا بنى صاحب السفل سفله
وله ان يبني السفل بنفسه ثم يبني العلو ويمنع صاحب السفل عن الانتفاع به حتى يعطيه
حقه وعلى هذا الخلاف اذا انهدم العلو ثم باع صاحب السفل سفله فلا شفعة لصاحب
العلو عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد ولا شفعة للبايع فيما باع وكذا لو كان
او ضمينا لان الاخذ بالشفعة يكون سعيا في نقض ما تم به وهو الملك واليد للمشتري
وسعي الانسان في نقض ما تم به مردود ولانه لو ثبت له حق الشفعة لامتنع من تسليمها
الى المشتري بعد ما التزم ذلك بالعقد لكون حق الشفيع متقدما وكذا لا شفعة لمن
بيع له وهو الموكل لان تمام البيع به فانه لولا توكيله لما جاز بيعه وكذا لو شرط
البايع الخيار للثالث وهو شفيع فاجاز البيع فلا شفعة له لان تمام البيع باجازته فكان
كالبايع وكذا من ضمن الدرك عن البايع وهو شفيع فلا شفعة له لانه تقرير للبيع فكان
كالبايع ومن ابتاع او ابتيع له او اجاز فله الشفعة لان الشفعة انما تبطل باظهار
الشفيع الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشرط اظهار الرغبة في المشترى فلا يكون
اظهارا ابطالا للشفعة واما البيع فاظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة فاما البيع باظهار
الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم
علم انها بيعت باقل او بحنطة او بشعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة
والاصل فيه ان الغرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فلا اذا
سلم على بعض الوجوه ثم تبين خلافه بقيت الشفعة بحالها لان التسليم لم يوجد على الوجه
الذي استحقه بيانه انه اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم علم
انها بيعت باكثر فالتسليم صحيح لانه انما سلم لاستكثار الثمن فاذا كان الثمن ذلك
كان رضي بالتسليم وان علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فهو
على شفعته لان تسليمه عند كثرة الثمن لا يدل على تسليمه عند القلة وكذا تسليمه
في احد الجنسين لا يكون تسليما في الآخر فربما يسهل عليه اداء احدهما ويتعذر عليه
الآخر وكذا كل موزون او مكيل او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت
بعرض قيمته الف او اكثر فانه تسليم لانه انما يأخذ بقيمة ذلك الشيء دراهم او دنانير
ولو علم انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم وبطلت الشفعة وان كان
اقل فهو على شفعته وقال زفر رحمه الله له الشفعة في الوجهين لان الدراهم والدنانير

جنسان مختلفان بدليل حل التفاضل • ولنا انهما كالجنس المتحد في حق الثمنية وكلامنا في الثمن • ولهذا ابضم في الزكوة وقد مر في باب البيع الفاسد • ولو اخبر ان المشتري زيد فسلم الشفعة ثم علم انه عمرو فهو على شفعته لتفاوت الناس في الجوار • والرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار غيره • ولو تبين ان المشتري زيد وعمرو فله ان ياخذ نصيب عمرو لان التسليم لم يوجد في حقه • ولو بلغه شراء نصف الدار فسلم ثم تبين انه اشترى الجميع فله الشفعة • ولو اخبر بشراء الكل ثم ظهر انه شراء النصف فلا شفعة له • وهذا هو المشهور من الرواية • والفرق انه اذا سلم في الكل فقد صار مسلما في ابعاضه وتسليمه بدون العيب تسليم مع العيب بالطريق الاولى • وروي على ضد هذا انه اذا سلم الكل لا يكون تسليما للنصف لجواز ان يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن وقد يتمكن من البعض فاما اذا سلم في البعض فقد عجز عن اداء ثمن البعض فيكون عاجزا عن الكل بالطريق الاولى • واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لعدم الجوار وهذا حيلة • وكذا لو وهب له قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ثم بيع ما بقي منه فلا يجب للجار الشفعة لان ملكه لا يلاصق المبيع • وان باع منها سهما بثمن ثم باع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول لا في الباقي لان الشفيع فيهما جار والمشتري في الباقي شريك والشريك مقدم على الجار • فان اراد الحيلة ابتاع السهم الثاني بالثمن الادرهما والباقي بالباقي فلا يرغب الجار في الاول لكثرة الثمن • ولا حق له فيما بعد لانه صار شريكا وهو مقدم على الجار • وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد اخر والثمن هو العوض عن الدار • وهذه حيلة اخرى تعم الشركة والجوار فيشتري المنزل الذي قيمته مائة بالف ويعطي عن الالف ثوبا قيمته مائة • غير انه اذا استحق المنزل يرجع المشتري على البائع بالالف لبقاء العقد الثاني على الصحة فيتضرر البائع • والاولى ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المنزل يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير لانه ظهر ان الالف لم يكن عليه • فصار كمن اشترى من اخر دينارا بعشرة ثم تصادقا ان لا دين عليه فانه يرد الدينار كذا هنا • ثم الحيلة لابطال الشفعة لا شك انه مكروه • وذلك ان يقول المشتري للشفيع انا ابيعها منك بما اخذت فلا فائدة لك في الاخذ بالشفعة فيقال الشفيع نعم فتسقط الشفعة • واما الحيلة لئلا تجب الشفعة عند ابي يوسف رحمه الله لا تكره لانه يحتال لدفع الضرر عن نفسه لان في تملك الدار عليه بغير رضاه ضررا عليه • والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان الغير يتضرر في ضمنه • وعند محمد رحمه الله تكره لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر وفي اباحة الحيلة ابقاء الضرر فيكره • وعلى هذا الخلاف الحيلة لاسقاط الزكوة وذلك بان يستبدل نصاب السائمة بغيرها في اخر الحول فرارا من وجوب الزكوة

مطلب

باب المتفرقات

خمسة اشتروا دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ

نصيب

نصيب احدهم لانه ليس في هذا الاخذ ضرر التفريق لان الشفيع يقوم مقام احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذ الشفيع كلها او تركها وليس له ان ياخذ البعض دون البعض وقال الشافعي رحمه الله له ان ياخذ حصة احدهم كما في الفصل الاول • ولنا ان فيه اضرارا بالمشتري بتفريق الصفقة عليه • وثم الصفقة متفرقة • والصحيح ان لا فرق بينهما قبل القبض وبعده • وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله انه فصل فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه متى اخذ نصيب احدهم من يد البائع يتضرر البائع بتفريق اليد • بخلاف ما بعد القبض لانه لم يبق يد البائع ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الاخر حصته • كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع كاحد المشتريين • ومسئلة الكتاب فيما اذا كان الثمن منقودا ومعنى قوله ياخذ نصيب احدهم فيملكه بالشفعة سواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة • لان المعتبر اتحاد الصفقة لا الثمن • ومن اشترى نصف دار فقاسم البائع فللشفيع ان ياخذ النصف الذي صار للمشتري او يدع • وليس له ان ينقض القسمة لان القسمة من تتمة القبض لان القبض للانتفاع ولا يتم الانتفاع في الشايع الا بالقسمة • ولهذا لا يتم القبض في الشايع في الهبة الا بالقسمة • وليس للشفيع ان ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع وان كان له فيه فائدة فكذا ليس له ان ينقض القسمة المكملة للقبض • بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من دار مشتركة وقاسم المشتري مع من لم يبع حيث يكون للشفيع نقض القسمة • لان القسمة مع غير العاقد ليس من تمام القبض المستحق بالعقد بل هو تصرف باشره بحكم الملك فكان للشفيع نقضه كما ينقض بيعه وهبته • واطلاق الجواب يدل على ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان • وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله • لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه انما ياخذه اذا وقع في الجانب الاخر فلا لانه لم يبق جارا فيما وقع في الجانب الاخر • ومن باع دارا وله عبد ماذون مديون وهو شفيعها فله الشفعة • وكذا ان كان البائع هو العبد فلمولاه الشفعة • لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من صاحبه يجوز اذا كان العبد مديونا لانه يفيد ملك اليد فكذا الاخذ بالشفعة • بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين والعبد بايع لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له ولو اشتراه فلمولاه الشفعة لانه بيع له • واذا اشترى الاب لابنه الصغير دارا والاب شفيعها فللاب ان ياخذها بالشفعة عندنا لنفسه وعند زفر رحمه الله ليس له ذلك ما لم يدرك الصغير • وهو بناء على ان شراء الاب مال ابنه لنفسه لا يجوز عنده وعندنا يجوز وقد مر • وصح تسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله • وقال محمد وزفر رحمهما الله

لا يجوز وهو على شفعته إذا بلغ. وعلى هذا الخلاف إذا بلغهما شراء دار بجوار الصبي فلم يطلبا
مع إمكان الطلب بطلت شفعة الصغير حتى لو بلغ لم يكن له الأخذ بالشفعة عندهما
وعندهما لا يبطل حتى لو بلغ الصغير له الأخذ بالشفعة. والوكيل بطلب الشفعة
إذا سلم الشفعة أو أقر على الموكل أنه سلمها فعند أبي حنيفة رحمه الله يصحان في مجلس
القاضي ولا يصحان في غيره. وقال أبو يوسف رحمه الله أولا لا يصحان كيف كانا ثم رجع
وقال يصحان أين كانا. وقال محمد رحمه الله لا يصح تسليمه بحال ويصح إقراره
في مجلس القاضي ولا يصح في غيره. وجه قول محمد وزفر رحمهما الله أن هذا إبطال
لحق الصبي فلا يصح كإعتاق عبده وإبراء غريمه وإبطال دينه وقوده. وهذا لأن تصرفهما
مقيد بالنظر وليس في إسقاط حق الصبي معنى النظر بل فيه إضرار به. ولهما أن هذا ترك
التجارة فيصح ممن يملك التجارة كما لو قال رجل بعت هذا العبد لفلان الصبي بكذا
فرده الأب والوصي. ولأن هذا تصرف دائر بين النفع والضرر وربما يكون النظر في تركه
إبقاء للثمن على ملكه وسكوت من يملك الطلب بمنزلة التسليم وكان سكوتهما كإبطالهما عندهما
لأنه دليل. وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها. وإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه
قيل صح التسليم بالإجماع لتمحضه نظرا للصبي. وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق لأنه
لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي وهو الأصح. وإن بيعت بأقل من قيمتها محاباة
كثيرة فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يصح التسليم منهما ولا رواية. وعن أبي يوسف
رحمه الله كذا في الهداية. وذكر في الحصر والمختلف إذا سلم الأب شفعة الصغير والشراء
بأقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا لأنه امتناع عن إدخاله
في ملكه لا إزالة عن ملكه فلم يكن تبرعا. وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز لأنه بمنزلة
التبرع بماله ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله. وصح التسليم للبائع والمشتري والوكيل
والأجنبي إن طلب الشفيع أن يسلم شفعة هذه الدار بخلاف ما إذا ابتدأ إلا أن الأصل أن إبطال
الحق متى أضيف إلى من هو بسبيل منه بوجه صح الإبطال وإلا فهو باطل. وسقطت الشفعة
إن صالح أجنبي على دراهم بخلاف ما لو صالح على أنها للأجنبي لا ملكها منه ليقوم
مقامه فيكون تغريرا لا إبطالا. ولو قال للمشتري سلمتها لك إن ابتعتها لنفسك أو قال
للبائع سلمت الشفعة لك إن كنت بعتها من فلان لنفسه فهو كما قال أي لا يكون
تسليما إلا بوجود الشرط لأنه إسقاط فيقبل التعليق. وإجازة بيع الفضولي كتسليم الشفعة
حتى لو باع فضولي عبد رجل وقبل فضولي آخر عن المشتري فقال المولى للبائع سلمت لك
بيعك أو للمشتري سلمت لك شراءك كان إجازة لأن تسليم البيع والشراء بالأمن
عن النقض ورد بالإجازة. ولو قال للأجنبي سلمت لك شراء هذا العبد كان باطلا
إلا إذا قال الأجنبي سلم لفلان هذا البيع أو هذا الشراء فيصح استحسانا. دار في يد رجل
قال الشفيع اشتريتها من زيد وصدق الشفيع زيد. وقال ذو اليد هي داري

التسليم عنه

ورثتها

ورثتها من أبي فقر هذا الشفيع أنها كانت للبائع وتركها ميراثا له ولم يبرهن
على البيع يقبل لأنه لا يتوصل إلى حقه إلا بإثبات ملك الغير. وإذا ثبت ملك البائع وهو
مقر بالبيع فكان القول له فصار كما لو أقر البائع ببيع الدار وأنكر المشتري وثم
يقضى له بالشفعة كذا هنا. إلا أنهما لا يصدقان على ذي اليد في الإلزام فيخير بين
أن يسلم إلى الشفيع ويأخذ الثمن منه وبين أن يرد على البائع حتى يأخذ منه ويسترد
الثمن وإن أنكر للتكذيب الشرعي. ولو ادعى ذو اليد الهبة فالقول للبائع ويجبر كما مر.
حضر أحد الشفيعين أخذ الكل لعدم المزاحم. فإن قضى له فرد بعيب قبل القبض بقضاء
أو بغيره فحضر الغائب أخذ حظه فقط لأن حظه في النصف بطل بالقضاء للأول
فلا يعود. وإن رد بعد القبض بلا حكم يخير بين أخذ حظه بالبيع الأول وأخذ الكل
بالنقض لأن الرد بعد القبض بغير قضاء بيع جديد في حق الثالث والغائب ثالثهما
فثبت له الشفعة في الكل. وإن كان الأول شريكا فرد بعد القضاء له فلا حق للجار
لأن الشريك مقدم على الجار. فإذا قضى للشريك صار الجار مقضيا عليه في الكل فلا يبقى له
حق أصلا. وإن ردها بدونه فللجار أن يأخذها لأنه كان شفيعا ولم يبطل حقه.
حضر أحد الشفعاء وأخذ الكل ثم حضر آخر وطلب الكل فصالح مع الأول على أن يأخذ
منه ثلثها صح لأنه أسقط بعض حقه وأخذ بعضه وهو معلوم. فلو حضر الثالث قسمت
على ثمانية عشر أربعة للصالح ولكل آخر سبعة لأن الثاني سلم الشفعة في الثلث لا في
الثلثين لأن مثل ما أخذ الثاني سالم للأول بلا تسليم فلا يظهر أثر التسليم فيما أخذ
الثاني وإنما يظهر فيما زاد على ذلك وهو الثلث. فما جرى فيه التسليم وهو الثلث يكون
بين الأول والثالث نصفين وما لم يجر فيه التسليم بينهم أثلاثا فيحتاج إلى حساب
له ثلث وثلثان ولثلثه نصف ولثلثيه ثلث وأقله ثمانية عشر. فالثلث الذي جرى
فيه التسليم وهو ستة بين الأول والثالث نصفان لكل واحد ثلاثة. وبقي اثنا عشر
بين الكل أثلاثا فيكون للثاني أربعة ولكل واحد من الباقين سبعة. دار لها
شفعاء ثلاثة اشتراها اثنان منهم صفقة واحدة على أن لأحدهما سدسها وللآخر خمسة
أسداسها صح الشراء ولا شفعة لأحدهما على صاحبه لأنهما متى اشتريا صفقة واحدة
صار كل واحد منهما متمما عقد صاحبه لأنه لا يصح شراء أحدهما إلا بقبول الآخر. فلو أخذ
نصيب صاحبه بالشفعة يصير ساعيا في نقض ما تم به. فإن لقي الثالث صاحب السدس
أخذ نصف ما في يده. اشترى دارا ولها شفيعان فحضر أحدهما وصالح المشتري على أن
يأخذ منه النصف ثم حضر الآخر فله أن يأخذ ما في يد المشتري ونصف ما في يد الأول
لأن الأول لما صالح المشتري على الشفعة صار مسلما الشفعة في النصف فبقي حق الأول
في النصف وحق الثاني في الكل فسلم النصف للثاني بلا منازعة واستوت منازعتهما
في النصف الآخر فيقسم على ما ذكرنا. ولو اتفق البائع والمشتري على أن البيع كان بخيار

البايع فانكر البايع الشفيع فالقول لهما لان الشفيع يدعي عليهما حق التملك بالبيع الثابت وهما ينكران ذلك فالقول للمنكر وكذا لو تصادق الوكيل بالبيع مع المشتري على الخيار وانكر الآمر فالقول لهما لان العقد صدر منهما. اشترى دارا بعبد ولم يتقابضا فوجده اعور فرده او رضي اخذ الشفيع بقيمته سليما لان الشفيع انما يثبت له حق الاخذ بمثل البدل الذي صار مستحقا والبدل الذي صار مستحقا بالعقد الصحيح لا المعيب وصار كما لو باع بالف جياد فوجدها زيوفا بعد القبض ورضي به فانه لا يظهر ذلك في حق الشفيع حتى لو اخذها بالف جياد. قال احد الشفعاء قبل الاخذ سلمت نصف حقي او سلمت لك لاحد صاحبيه سقطت لعدم تجزيها وكذا لو قال الشفيع اخذ نصف الدار بالشفعة كان تسليما للكل عند محمد رحمه الله لان طلب النصف ترك النصف وسكوته عنه وهو تسليم ذلك النصف وتسليم النصف تسليم الكل لانه لا يتجزى. وعند ابي يوسف رحمه الله لم يكن تسليما للكل لانه صرح بالطلب فلا يثبت التسليم الذي هو ضده. باع نصف داره فاخذ الجار وقاسمه بقضاء او بغيره وحضر الشريك في الطريق يأخذ ما في يده ولا ينقض الشفعة لانها من تمام القبض وليس له نقضه بخلاف ما لو اشترى دارا واحد الشفيعين واقتسما ثم حضر الثالث لانه لو لم ينقض يتفرق ملكه لانه يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده فيصير نصف حقه في منزل ونصفه في منزل فيتضرر به وههنا لا يتضرر لانه لا يتفرق ملكه لانه يأخذ ما اخذه الجار. فان حضر الشفيع الثالث ولم يلق الشفيعين بل لقي الثالث احدهما فانه يأخذ ربع ما في يده لا نصفه لان ما في يد الحاضر نصفه مأخوذ بالقسمة ونصفه مأخوذ بالشفعة ولا شفعة في المأخوذ بالقسمة لان القسمة فاستوى حقهما في المقبوض بالشفعة سواء فلهذا يأخذ منه ربع ما في يده. باع دارا من اجنبي فاخذها الشفيع فمرض البايع وهو مورث الشفيع وحط عن المشتري فبطل الحط لانه يصير حطا عن الوارث لتحول الصفقة اليه. ولو ولاه المشتري من وارث البايع او رابح الحط ويلزم حط مثله عن الوارث لانه تمليك مبتدا باختياره فلم يكن تصرف المريض واقعا له. مريض باع دارا من اجنبي ووارثه شفيع او بعكسه لا تجب الشفعة. اما المسألة الاولى فهي على وجهين ان باع بمثل قيمتها فلا شفعة له عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما لان الصفقة تتحول له فصار كانه باع من الوارث ونفس البيع وصية عنده فيبطل وان باع محاباة فلا شفعة له عندهم اجازت بقية الورثة او لم يجيزوا واما الثالثة فالبيع عنده باطل سواء كان فيه محاباة او لا لما مر ولا شفعة للشفيع للفساد وعندهما البيع جائز بمثل القيمة وللشفيع ان يأخذها بمثل قيمتها وان قال المشتري لاحد الشفيعين اشتريت الدار لك بامرك فصدقه المقر له وكذبه الآخر فالدار بينهما بالشفعة لان تصديقه المشتري لا يبطل شفعته

القسمة ط

وان قال

وان قال المشتري الدار لك فلم يكن لي او اشتريتها قبلي او وهبتك وقبضت وصدقه المقر له وكذبه الآخر بطلت شفعته لان الشفعة تثبت باعتبار الشراء فاذا ادعى عدم الشراء فاذا ادعى عدم الشراء وصدقه فيه فقد اقر ببطلان شفعته فكانت الشفعة كلها للآخر. مضارب اشترى دارا ببعض مال المضاربة ثم اشترى بالباقي دارا اخرى بجنبها وهو شفيعها بدار له خاصة ورب المال كذلك فالدار الثانية تجعل اثلاثا ثلثها للمضاربة وثلثها للمضارب وثلثها لرب المال كان الشفعاء ثلاثة. ولو كان لها شفيع اجنبي ايضا فللاجنبي ثلث كامل لان المزاحم في حقه اثنان ولا يظهر الاختلاط الجمع في حقه ثم يقسم الثلثان اثلاثا. رجل اشترى امة بالف وتقابضا ووجد بها عيبا ينقصها العشر فاقر البايع او جحد فصالحه على دار جاز للشفيع اخذها بحصة العيب. وعن محمد رحمه الله انه لا شفعة فيها وهو القياس لانها ملكت بازاء الفايت وهو وصف لا يقابله الثمن. وجه الاستحسان ان الفايت مال ولهذا لو امتنع الرد يرجع بقيمة النقصان مع ان الاعتياض عن الحق لا يجوز. ولو اشترى بحصة العيب شيئا يجوز فيثبت ان الدار ملكت بازاء المال. وللمشتري ان يبيعها مرابحة على كل الثمن وليس له ان يبيع الدار مرابحة بدون البيان لان عشر الثمن وان كان بمقابلة الدار وتسعة اعشاره بمقابلة الامة ولكن هذه قسمة عرفت بالحزر فكان فيها شبهة التفاوت ومبنى المرابحة على الامانة فتمتنع شبهة الخيانة. فان وجد المشتري بالدار عيبا فردها بقضاء قبل ان يأخذها الشفيع بطلت شفعته لانه لم يبق للصلح اثر وعاد المشتري على حجته في العيب وله ان يرابح الامة على كل الثمن ما لم يرجع بالعيب لانه لما انفسخ الصلح صار كل الثمن بازاء الامة. اشترى دارا فصالح من عيبها على عبد اخذها الشفيع بحصتها فان فعل فاستحق العبد او رد بخيار رؤية او شرط في الصلح فالشفيع بالخيار ان شاء ادى حط العيب الى المشتري وان شاء رد الدار ويكون المشتري على حجته مع البايع ان اخذها بالقضاء لانه فسخ في حق الكل وكذا ان كان المشتري رد العبد بعيب بقضاء. ولو رده برضا لا شيء على الشفيع لانه عقد جديد فصار كما لو باعه

فصل

الاستحقاق بحق سابق على العقد يبطل العقد لانه ظهر به ان التصرف السابق لم يصدر من المالك او نايبه. والشفيع كما يتقدم على المشتري يتقدم على من قام مقام المشتري. اشترى دارا بالف فزاد المشتري في الثمن او صالح عن دعوى فيها بانكار ثم اخذها الشفيع بالف بقضاء رجع المشتري على البايع بالزيادة وعلى المدعي ببدل الصلح لان الشفيع استحقها بحق سابق على الصلح وعلى الزيادة فاوجب بطلان الصلح والزيادة من الاصل. ولان من باشر التصرف لغرض يبطل ببطلان الغرض والمشتري انما دفع بدل الصلح او زاد في الثمن ليسلم له الدار

ف

فلو لم يسلم يرجع بما دفع. ولو سلم المشتري الدار إلى الشفيع بغير قضاء ففي الزيادة
يرجع على البايع وفي بدل الصلح لا يرجع على المدعي لأن البايع مقر بثبوت حق
الشفعة للشفيع وأنه حق سابق على حق المشتري فكان في زعمه أنه لم يسلم له الزيادة
التي هي بدل الدار. أما المدعي فغير مقر بحق الشفيع وفي زعمه أن المشتري إنما
سلم الدار إليه باختياره فصار ذلك كبيع جديد في حقه فلا يظهر في بطلان الصلح
ولو كان المشتري شفيعا أيضا فقبضها المشتري ووهبها لرجل فلشريكه أخذ
نصفها لتساوي المشتري والشفيع في حق الشفعة. وإذا أخذ تبطل الهبة في النصف
الآخر لأن الشفيع أخذ النصف بحق سابق على الهبة فكان الشيوع مقارنا للهبة
فتبطل الهبة. بخلاف رجوع الواهب في النصف وبخلاف ما إذا انتقضت الهبة
في الثلثين بحق الورثة بأن وقعت الهبة في المرض حيث لا تبطل الهبة في الباقي لأنه
شيوع طارئ. رجل شهد بدار لرجل فردت شهادته ثم اشتراها الشاهد. ولها
شفيع فشفيعها أحق من المقر له لأن المقر له إنما يأخذ بحكم إقرار المقر وهو المشتري
والشفيع يتقدم عليه فكذا على من يقوم مقامه. فإن لم يكن لها شفيع ولكن
المشتري اشتراها لرجل أمره بذلك فالدار للآمر دون المقر له لأن المقر لم يملك الدار
فكيف يملك المقر له من جهته. فإن اشتراها لنفسه والشفيع غائب فللمقر له أن
يأخذ الدار. فإذا اشترى الدار من المقر له ثانيا قبل أن يحضر الشفيع فإن حضر
الشفيع فهو بالخيار إن شاء أخذ بالشراء الأول وإن شاء أخذ بالشراء الثاني. ولو
اشترى الدار رجل آخر من ذوي اليد ثم اشترى الشاهد من ذلك الرجل يخير
الشفيع فإن أخذها بالبيع الأول بطل البيع الثاني ويرجع الشاهد بالثمن على بايعه.
عبد أسر فاشتراه رجل آخر من العدو فأقر أنه كان ملك زيد فهو لسيده
المعروف يأخذه بثمنه ولا يضمن للمقر له شيئا لأنه ملك العبد من العدو والعدو
ملكه بالاستيلاء فلم يكن غاصبا في زعم المقر له بخلاف ما تقدم. وإن تركه
أخذه زيد بثمنه إن شاء. ولو قال دبره صاحبه مدبرا لإقراره بالتدبير ولا سبيل
لسيده المعروف عليه لمكان التدبير وأخذه زيد مدبرا إن صدقه. وإن كذبه بقي
مدبرا موقوفا يعتق بموته وغلته موقوفة ينفق عليه منها لأن نفقته في مال
المولى وهذا مال المولى. فلو عاد المقر له إلى تصديقه بالأرش له. وهذا اختلاف الشراء
الفاسد. فإنه لو اشترى عبدا شراء فاسدا ثم أقر أنه عبد فلان قد دبره إن صدقه
فلان في التدبير أخذه مدبرا. وإن صدقه في الملك دون التدبير أخذه عبدا. وهنا
إن كذبه في التدبير لا يأخذه أصلا. لأن المقر له زعم أن العبد ملك المقر
لأنه صح شراؤه من العدو ونفذ التدبير بإقراره كأنه دبره بنفسه. وثمة زعم
المقر له بأن العبد ملك المقر بل زعم أنه ملكي وشراؤه باطل لأن إقراره بالتدبير لم ينفذ

فبقي عبدا

فبقي عبدا أي يأخذه عبدا. بيعت دار بجنب مرتد فلحق بدار الحرب وجاء مسلما
قبل الحكم بلحاقه له الشفعة لأن الردة عارضة فإذا زالت قبل اللحاق صارت
كأن لم تكن. فإن قضي بلحاقه وقسم ماله بين ورثته لا شفعة له وكانت الشفعة
لورثته لأنه بالقضاء حكم بموته من وقت الردة فكان ملك الورثة سابقا على البيع
وإن بيعت الدار بعد ما لحق بدار الحرب فلا شفعة له. وإن عاد مسلما لأن الحق لم
يثبت أصلا. مكاتب مات عن وفاء ثم بيعت دار بجواره فأدى ورثته كتابته
فلهم الشفعة لأنه حكم بحريته في آخر حياته فيثبت جوارهم قبل البيع. حق الشفعة
لا يبطل بفسخ البيع من كل وجه لأنه ثبت بالبيع فلا يبطل بغيره صاه فلا يتجدد به
لأنه متى سلم وسقط حق الشفعة فلا يعود إلا بالبيع وإنما هو في معناه والفسخ عود إلى
قديم الملك فلا يكون بيعا وعهدة الشفيع إلى من سلم الدار إليه. وقد مر. تصادق البايع
والمشتري أن البيع كان تلجئة أو كان فيه خيار البايع أو المشتري وفسخا العقد
لا يصدقان في حق الشفيع وله الشفعة. اشترى دارا بألف وباع نصفها بخمسين
دينارا فللشفيع نقض بيعه وأخذ الكل ولا يأخذ الشفيع أحد النصفين بالبيع
الأول بخمسمائة والنصف الآخر بالبيع الثاني بخمسين دينارا لما فيه من التفريق وصار
كما لو وهب المشتري بيتا معينا من الدار فليس للشفيع أن يأخذ الباقي بحظه من الثمن
بل ينقض الهبة ويأخذ الكل بكل الثمن إن شاء. أمر بشراء دار بعينها بعبد عين للمأمور
ففعل صح الشراء للآمر ويرجع المأمور على الآمر بقيمة العبد لأن الآمر صار مستقرضا
العبد من المأمور والشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد. داران متصلتان لرجلين تقايضا
فالشفعة للجارين ولا شفعة لهما لأن كل واحد إنما يستحق الشفعة فيما اشترى
بالجوار وقد زال بالبيع. ولو كان كل واحد من الدارين مشتركا بينهما فباع
كل واحد منهما حظه من هذه الدار بحظ صاحبه من الدار الأخرى فالشفعة لهما
دون الجيران لأن كل واحد في النصف الذي اشترى شفيع بالنصف الآخر بالشركة
والشريك متقدم على الجار. ولو أقام المشتري بينة أنه اشترى أولا بألف ثم الأرض
بغير البناء بألف. وأقام الشفيع بينة أنه اشتراهما معا بألفين في صفقة ولم يوجد تاريخ
فالبينة للمشتري عند أبي يوسف رحمه الله لأنها أكثر إثباتا. وعند محمد رحمه الله
للشفيع لأنها ملزمة. حضر وكيل الشفيع فقال له المشتري قد سلم موكلك الشفعة
فعند محمد رحمه الله يقضى بالشفعة فإذا حضر الموكل فله تحليفه لأن الحق ثابت
ظاهرا فلا يبطل بالاحتمال. وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقضى بالشفعة حتى يحضر
الموكل فيحلف لأنه لو أمر بالتسليم لا يحتاج إلى نقض هذا القضاء لجواز أن يحضر الموكل
فيحلف فينكل والاحتياط في الابتداء خير. باع دارين صفقة واحدة وشفيعهما
واحد له أن يأخذهما أو يتركهما. وعند محمد رحمه الله له أن يأخذ إحديهما دون الأخرى

لأن تفرق المكان كتفرق الصفقة. ولنا أن فيه تفريق الصفقة وفيه ضرر على الآخر
فصار كالدار الواحدة ولا فرق بين الدارين المتلاصقتين أو المتفرقتين في مصر واحد
أو في مصرين كذا ذكر في المبسوط والله أعلم بالصواب

كتاب القسمة

هي جمع النصيب الشائع في معين وجوازها بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم
أن الماء قسمة بينهم. لها شرب ولكم شرب يوم معلوم. والسنة فقد باشرها
النبي صلى الله عليه وسلم في الغنائم والمواريث. والإجماع الأمة وركنها الفعل الذي
يقع به الإفراز. كالكيل والوزن والعدد والذرع في الكيلي والوزني والعددي والذرعي
وشرطها أن لا تتبدل المنفعة بالقسمة ولا تفوت. لأنها لإفراز ما لكل واحد
قبل القسمة من الملك والمنفعة. وإنما يتحقق هذا إذا بقي المفرز على ما كان قبل الإفراز
بأصله ومنافعه. فأما إذا تبدل يكون تبديلا لا إفرازا. وأنها لا تنفك عن معنى
المبادلة والإفراز لأنه ما من جزء معين إلا وهو مشتمل على النصيبين. فكان
ما يأخذه كل واحد منهما نصفه ملكه ولم يستفده من صاحبه فكان إفرازا والنصف
الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة. إلا أن معنى
الإفراز والتمييز في المكيلات والموزونات والعدديات. لأن ما يأخذ مثل حقه
صورة ومعنى. فأمكن أن يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض وقضاء
الدين. ألا ترى أن لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه. ولو كانت مبادلة
لشرط رضاه. ولو اشتريا مكيلا أو موزونا ثم اقتسما جاز لأحدهما أن يبيع نصيبه
مرابحة. ومعنى المبادلة أظهر في الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين أبعاضها
فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ حقه. ولهذا لا يقدر أحدهما أن يأخذ نصيبه عند
غيبة الآخر. ولو اشتريا فاقتسما لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة. إلا أنها
إذا كانت من جنس القسمة بطلب أحد الشركاء لما فيها من معنى الإفراز وفيه
تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة باتحاد الجنس. وجاز الإجبار على المبادلة كما
في الأخذ بالشفعة وقضاء الدين. فإن الذي يوفيه ليس عين حقه وإنما هو عوض حقه
وهذا لأن الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير
عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته. وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر
القاضي على قسمتها. لأن التفاوت في المقاصد متفاحش فتتعذر المعادلة المطلوبة
بالقسمة. ولو تراضوا على القسمة صح لأن الحق لهم. وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما
يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بلا أجر بل هو الأفضل لأن القسمة فصل الخصومة
لأن تمام انقطاع المنازعة يكون بالقسمة فأشبه القضاء من هذا الوجه فالأولى أن
يجعل كفايته في بيت المال كرزق القاضي. ولأن منفعته تعود إلى العامة
فتكون كفايته في مالهم لأن الغرم بالغنم. وإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بأجر

واحد أجبر القاضي على

على المتقاسمين

على المتقاسمين. لأن المنفعة حصلت لهم على الخصوص فيكون الغرم عليهم فيستقدر بأجر
مثله كيلا يتحكم بالزيادة عليهم. وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا على قدر الأنصباء وهو قول الشافعي رحمه الله. لأن هذه مؤنة تلحقهم بسبب
الملك فتكون بينهم على قدر الملك كنفقة المملوك المشترك. وأجرة الكيال والوزان
وحفر البئر المشترك. وهذا لأن المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم
إلى الانتفاع بنصيبه. ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر من منفعة نصيب صاحب
القليل والغرم مقابل بالغنم. وله أن المعقود عليه هو التمييز والأجر مقابل به ولا تفاوت
فيه فيكون الأجر عليهم بالسوية كما إذا استوت الأنصباء. وهذا لأن تمييز الأقل
من الأكثر كتمييز الأكثر من الأقل وربما يكون عمله في نصيب صاحب الأقل أكثر.
لأن الحساب يدق بقلة بعض الأنصباء وقد يعسر تمييز نصيب صاحب الكثير لكثرته وقع
فيه. فلما تعارض الوجهان اعتبرنا نفس التمييز. بخلاف حفر البئر المشتركة لأن الأجر
مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت بقلة النصيب وكثرته. وأما النفقة فإنها لإبقاء الملك
وحاجة صاحب الكثير إلى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل. وأما أجرة الكيال
والوزان فقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله هو على الخلاف إن كان للقسمة والكيال
والوزان بمنزلة القسام إذ المكيل والموزون يقسم بذلك. وإن لم يكن للقسمة فإنما افترقا
لأنه إنما يستوجب الأجر بعمله في الكيل والوزن وعمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فلهذا
كانت الأجرة عليهما بقدر الملك. بخلاف القسام فهو العذر لو أجريت المسألة على الإطلاق
ولم يفصل. وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن الأجر على الطالب للقسمة دون
الممتنع. وقال صاحباه عليهما لأن الطالب للقسمة إنما يطلبها لمنفعة نفسه. والممتنع
إنما يمتنع لضرر يلحقه بها فلا معنى لإيجاب الأجر على من لا منفعة له. ويجب أن يكون
عدلا عالما بالقسمة أمينا لأنه لا بد من القدرة على القسمة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله
وذا بالعدالة والأمانة. ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد. معناه لا يجبرهم على أن
يستأجروه. لأن القسمة إن كانت بمعنى العقد فلا جبر على العقود. وإن كانت بمعنى
الحكم فلو رضي الخصمان على أن يحكم بينهما رجل يجوز. فكذا إذا تراضيا أن يقسم بينهما
رجل. ولأن القاسم لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله فيتضرر به الناس. فلو اصطلحوا
واقتسموا جاز لولايتهم على أنفسهم وأموالهم إلا إذا كان فيهم صغير فحينئذ يحتاج
إلى أمر القاضي لقصور ولايتهم عنه. ولا يترك القسام يشتركون كيلا يتواضعون
على مغالاة الأجر فيؤدي إلى الإضرار بالناس. بخلاف ما إذا لم يشتركوا لأنه حينئذ يتسابق
كل قاسم إلى القسمة بالأجر اليسير حذار الفوت فيرخص الأجر. وإذا حضر الشركاء
عند القاضي وفي أيديهم دار أو عقار. وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي
بينهم عند أبي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته. وقالا

يقسمها بينهم باقرارهم ولا يذكر القاضي في صك القسمة انه قسمها باقرارهم • ولو ادعوا
في العقار انهم اشتروه قسم بينهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا
انه ميراث قسمه في قولهم • لهما ان اليد دليل الملك وهي في ايديهم وقد اخبروا
بالارث من ابيهم • والاصل في اخبار المسلم الصدق ولا منازع لهم فيما اخبروا به
فيثبت المخبر به • واذا سألوا القاضي ان يقسم بينهم ملكهم فعليه ان يجيبهم
الى ذلك ويقسم بينهم في حقهم تمكينا لكل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه كما
في المنقول الموروث والعقار المشترى • والبينة انما تكون على المنكر ولا منكر هنا
ولا منازع لهم فلا تفيد البينة • وانما يذكر في صك القسمة انه قسمها باقرارهم ليتدارك
بالنظر فيه ان حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعد الى غيرهم • حتى لا يكون ذلك قضاء
على شريك لهم آخر ولا على مالك لها • وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي
وقولهم ليس بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة ليثبت بها القضا على الميت • وهذا
لان التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت بدليل ان حقه يثبت في الزوايد التي تحدث
حتى يقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه • بالقسمة ينقطع حق الميت من التركة حتى لا يثبت
حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوايد فكان هذا قضاء على الميت بقطع حقه فلا بد من
البينة ويصير بعضهم حينئذ مدعيا والبعض خصما عنه • وان كان مقرا • فان قيل
كيف يجعل خصما عنه والمقر لا يصلح خصما • قلنا لما لم يعتبر اقراره عليه يجعل
كالعدم • كما لو ادعى رجل دينا على الميت وقدم وارثا من ورثته الى القاضي فاقر له الوارث
بحقه فاراد الطالب ان يقيم البينة عند القاضي على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم
ذلك جميع الورثة فان القاضي يقبل منه ويحكم له بدينه في جميع مال الميت لان المدعي يحتاج
الى اثبات الدين في حقه وحق غيره • وكذا الموصى له اذا اقر بالدين تقبل البينة عليه
مع اقراره لبطلان اقراره • بخلاف المنقول لانه بعرض التوى والتلف فكانت القسمة للتحصين
والحفظ له • فاما العقار فمحصن بنفسه لا يخشى عليه التلف فلم تكن قسمته للحفظ
بل كان قسمته قضاء على الميت بقطع حقه عنه • ولان في العروض ما يأخذ
كل واحد منهم بعد القسمة يصير مضمونا عليه بالقبض وفيه نظر للميت وذا لا يوجد في
العقار لانه لا يصير مضمونا على من اثبت يده عليه ولا كذلك العقار عند ابي حنيفة
رحمه الله • لان غصب العقار لا يتحقق عنده • واما الشرا فقد روي عن ابي حنيفة
رحمه الله في غير الاصول ان القاضي لا يقسمها بينهم فسوى بين الشرا والارث والفرق
على الظاهر ان قضاه بالقسمة في المشترى لا يتضمن قطع حق البايع • لان بعد البيع والتسليم
لا يبقى المبيع على حكم ملك البايع وان لم يقسم فلا تكون القسمة قضاء على الغير • بخلاف
الارث وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم • لان القضاء
بالقسمة هنا يقتصر عليهم ولا يتعداهم الى غيرهم اذ لم يقروا باصل الملك لغيرهم

وهذه

وهذه رواية كتاب القسمة • وفي الجامع الصغير ان ادعاها رجلان فاقاما البينة انها في ايديهما
واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما • ثم قيل هذا
قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة • وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان بحق
الملك تكميلا للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول هنا لعدم الملك • وكذا الثاني — تكميلاً له
للاستغنا عنه لانه محفوظ بنفسه • واذا حضر وارثان واقاما البينة على الموت وعدد
الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غايب او صغير قسم القاضي بطلب الحاضرين
ونصب وكيلا لقبض نصيب الغايب او وصيا لقبض نصيب الصبي • لان في هذا النصب
نظر للغايب والصغير • ولا بد من اقامة البينة على اصل الميراث في هذه الصورة عنده
ايضا بل اولى • لان في هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير بقول لهم وعندهما يقسمها
بينهم باقرارهم ويعزل حق الغايب والصغير ويشهد انه قسمها باقرار الكبار الحضور
وان الغايب او الصغير على حجته • ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم وان
اقاموا البينة على الشراء حتى يحضر الغايب • والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة
حتى يرد بالعيب على بايع المورث ويرد عليه بالعيب ويصير مغرورا بشراء المورث
حتى لو وطئ امة اشتراها مورثه فولدت واستحقت رجع الوارث على بايع مورثه
بثمنها وقيمة الولد المغرور من جهته فانتصب احدهم خصما عن الميت فيما في يده والآخر
عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء لكل
واحد منهم فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه
فلا ينتصب الحاضر خصما عن الغايب • واذا لم يجعل الحاضر خصما عن الغايب
كانت البينة في حق الغايب قايمة بلا خصم فلا تقبل • فان كانت العقار في يد الوا — ريث
الغايب او شيء منه لم تقسم وكذا اذا كان في يد الصغير او شيء منه لم يقسم
باقرار الحضور • لان في هذه القسمة قضاء على الغايب او الصغير باخراج شيء مما
كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما والمودع امين فلا يكون خصما
فيما يستحق عليه • ولا يجوز للقاضي ان يقضي على الغايب بحضور امينه • ولا فرق
في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح • فان حضر وارث واحد
لم يقسم وان اقام البينة • لانه ليس معه خصم • والحاضر ان كان خصما عن
نفسه فليس احد خصما عن الميت وعن الغايب وان كان خصما عنهما فليس احد
يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه • بخلاف ما لو كان الحاضر كبيرا وصغيرا انصب
القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة • لان للقاضي ولاية نصب الوصي
عن الصبي • ثم وصي الصغير قايم مقامه فكانه بالغ حاضر • وكذا اذا حضر
وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية
فان الدار يقسم لان من حضر من الورثة ينتصب خصما عن الميت وعن سائر الورثة

والموصى له عن نفسه **فصل فيما يقسم وما لا يقسم** وإذا كان كل
واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن في القسمة تكميل المنفعة
فكانت حقا لازما فيما يحتملها إذا طلب أحدهم وإن كان ينتفع أحدهم بنصيبه
إذا قسم ويتضرر به الآخر لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب
القليل لم يقسم كذا ذكره الخصاف رحمه الله وهذا لأن الأول يطلب من القاضي أن
يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره وهذا منه طلب الإنصاف لا التعنت فعلى القاضي
أن يجيبه إلى ذلك ولا يعتبر تضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك شريكه وله
أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه وأما الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي
يجيب المتعنت بالرد وتعذر الانتفاع بنصيبه لقلة نصيبه لا بمعنى من جهة صاحب
الأكثر وذكر الخصاف رحمه الله على عكس هذا لأن صاحب الكثير يطلب الإضرار بغيره
والآخر راض بضرر نفسه وذكر الحاكم رحمه الله في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم
القاضي لأن صاحب القليل رضي بالضرر حين طلب القسمة وصاحب الكثير منتفع بها
وما ذكره الخصاف رحمه الله لا يصح لأن رضاه بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شرعا
وإنما الملزم طلبه من القاضي وإيصاله إلى منفعة ملكه وذا لا يوجد عند طلب صاحب
القليل وإن كان كل واحد يتضرر بنصيبه لصغره لم يقسم إلا بتراضيهم لأن الجبر على
القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض ويجوز بالتراضي
لأن الحق لهم وهم أعرف بشأنهم أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض
إذا كانت من جنس واحد لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية عند اتحاد الجنس
ممكن للتقارب في المقصود فتقع القسمة تمييزا ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض
لأنه لا اختلاط بين الجنسين ولا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فتعتمد
التراضي دون الجبر لأن ولاية الإجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز ويقسم القاضي
كل موزون أو مكيل كثيرا أو قليلا والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة
وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا
أو برذونا وحمارا ولا يقسم الأواني لأن الصنعة صيرتها كالأجناس المختلفة ويقسم
الثياب الهروية لأن الجنس متحد والمطلوب من الكل واحد فأمكن تحقيق
معنى القسمة ولا يقسم ثوبا واحدا لأن القسمة لا تتحقق إلا بالقطع وفيه إضرار
بالمتقاسمين ولا ثوبين إذا اختلفت قيمتهما لأنه لا يمكن التعديل إلا بزيادة دراهم
مع الأوكس ولا يجوز إدخال الدراهم في القسمة جبرا لأن القسمة حق في الملك المشترك
والشركة بينهما في الثياب فلو أدخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك وهذا
لا يصح بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب
وثلاثة أرباع ثوب بأن تكون قيمة أحد الأثواب دينارا وقيمة الآخر دينارا وربع دينار

ثوبا
وقيمة الآخر دينارا وثلاثة أرباع دينار فيأخذ أحدهما قيمته دينار وربع دينار والآخر
ثوبا قيمته دينار مشتركا بينهما بعده للذي أخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة
أرباعه للآخر وهذا لأنه لا يصير قسمة بعض المشترك دون بعض لأن كل واحد منهما
ينفرد بثوب وتبقى الشركة في ثوب وذلك جائز إذا لم يمكن غيره مثل أن يقسم
الضيعة ويترك النهر على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض وقال
أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما إلا بالتراضي وقالا يقسم الرقيق
لأن التفاوت في القيمة وذا لا يمنع صحة القسمة كما في الإبل والغنم ولهذا يقسم الرقيق
في الغنيمة كسائر الأموال فكذا في القسمة بين الشركاء وله أن التفاوت في الرقيق
فاحش باعتبار تفاوت الأغراض والمقاصد والمعاني الباطنة كالذهن والكياسة
فيتعذر اعتبار المعادلة في القسمة فيلحق بالأجناس المختلفة بخلاف سائر الحيوانات
لقلة التفاوت ثم عند اتحاد الجنس والدليل على الفرق بين الرقيق وسائر الحيوانات
أن الذكر والأنثى في سائر الحيوانات جنس واحد وفي الرقيق جنسان حتى إذا اشترى
شخصا على أنه عبد فإذا هو أمة لم يجز الشراء بخلاف سائر الحيوانات وبخلاف قسمة
الغنائم فإنها تجري في الأجناس المختلفة وهذا لأن حق الغانمين في المالية دون العين
حتى كان للإمام بيع الغنائم وقسمة الثمن وإنما يعتبر إيصال مقدار المالية إلى كل واحد
منهم فأما في شركة الملك فحق الشركاء في العين والمالية ولأن تمام حق التمييز بالقسمة
على طريق المعادلة وليس له ولاية المعاوضة فإذا تعذر اعتبار المعادلة هنا بطريق
التمييز لا يثبت للقاضي ولاية الإجبار على القسمة وأما الجواهر فقد قيل إذا اختلف
الجنس كاللآلي واليواقيت لا يقسم لأنه لما اختلف الجنس لا يتحقق معنى القسمة
وهو تكميل المنفعة وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ويقسم الصغار لقلة
التفاوت وقيل الجواب يجري على إطلاقه لأن جهالة الجواهر أفحش من جهالة
الرقيق ولهذا لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة وخالع عليها لا تصح التسمية ولو تزوج أو
خالع على عبد يصح فأولى أن لا يجبر على القسمة ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى إلا أن
يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لأن القسمة لتكميل المنفعة فإذا لم
يبق كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا لا يتحقق معنى القسمة فلا يقسم القاضي بخلاف
التراضي لالتزامهم الضرر دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة بينهم ولم
يجمع نصيب أحدهم في دار إلا أن يتراضوا على ذلك وقالا الذي في ذلك إلى القاضي فإن رأى
الأصلح قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الأقرحة المتفرقة المشتركة لهما
أن الدور جنس واحد نظرا إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى أجناس نظرا إلى اختلاف
الأغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا إلى رأي القاضي
فإن مال إلى الأول قسم كما في الغنم والثياب الهروية وإن مال إلى الثاني

لا يقسم وله ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب
الى المسجد والماء والقرب الى السوق والبعد عن السوق والاراضي المتفرقة تتفاوت
فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للرطبة والحكوم وغير ذلك بمنزلة تفاوت
الدور والاجناس المختلفة لا تقسم قسمة واحدة الا بتراضي الشركاء لانها لتكميل
المنفعة وذا انما يكون عند اتحاد الجنس فاذا اختلف الجنس تقطع حق البعض عن
احدى الدارين لا يكون تكميلا للمنفعة وذا انما يكون عند اتحاد الجنس فاما اذا اختلف
الجنس فقطع حق البعض عن احدى الدارين لا يكون تكميلا للمنفعة بل يكون تفويتا
لها ولهذا لو تزوج امراة على دار لم تصح التسمية كما لو تزوج على ثوب ولو
وكله مطلقا بشراء دار لم يصح التوكيل كما لو وكله بشراء ثوب بخلاف الدار
الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان قسمة كل بيت على حدة تخل بمنافع البيوت فتختل
منافع الدار فلا يحصل معنى القسمة والداران اذا كانا في مصرين لا يجتمعان
في القسمة عندهما كما هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد رحمه الله
انه يقسم احديهما في الاخرى ثم هي ثلثة فصول عنده الدور والبيوت والمنازل فالدور
لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضى الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة
لانها تتفاوت في معنى السكنى ولهذا اتوجر باجرة واحدة والمباينة كالدور
ولا تقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحق المنازل بالبيوت
اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي
الى عدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا
تقسم كل واحدة على حدة بالاجماع لاختلاف الجنس فهذا دليل على ان الدار والحانوت
جنسان وذكر في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا
دليل على انهما جنس واحد فقيل في المسئلة روايتان وقيل هما مختلفان جنسا
رواية واحدة والقول ثمة لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى (والفساد)
كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة
هي المعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اما ان تكون
في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات هذا الكتاب

فصل في كيفية القسمة

وينبغي للقاسم ان يقسم ما يصوره على قرطاس (ان يصور ما يقسمه)
ليمكنه حفظه ويعدله اي يسويه سهام القسمة ويروى ويعزله اي يقطعه
بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لانه ربما يحتاج اليه في الاخر
ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب
الاخر تعلق فيتحقق معنى التمييز والافراز على الكمال ويلقب نصيبا بالاول
والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب اساميهم ويخرج القرعة فمن خرج

اسمه

اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر (السهم)
في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان سدسا جعلها
اسداسا ليمكن القسمة وشرح ذلك ارض بين جماعة مشتركة لاحدهم
عشرة اسهم وللاخر خمسة وللاخر سهم فارادوا قسمتها قسمت على سهامهم عشرة (مطلب)
وخمسة وواحد وكيفية ذلك ان يجعل الارض على عدد سهامهم بعد ان سويت
وعدلت ثم يجعل بنادق على قدر سهامهم ثم يقرع بينهم فاول بندقة
تخرج توضع على طرف من اطراف السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت
لصاحب العشرة اعطاه ذلك السهم وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي وضعت
البندقة عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك
فاول بندقة تخرج توضع على طرف من اطراف الستة الباقية ثم ينظر الى البندقة
لمن هي فان كانت لصاحب الخمسة اعطاه القاضي ذلك السهم واربعة اسهم
متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه وان كانت البندقة لصاحب
الواحدة كان له الطرف الذي وضعت عليه البندقة وتكون الخمسة الباقية لصاحب
الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضي اسماء الشركاء ببطاقات ثم تطوى كل
بطاقة بعينها وتجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى تصير مستديرة
فتكون شبه البندقة كذا في الذخيرة البرهانية والفتاوي الظهيرية وقوله
ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز فان
قيل في الاقراع تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في معنى القمار وانه حرام
قلنا هذا ليس في معنى القمار فان القمار معنى الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا
اصل الاستحقاق لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم
لكل واحد منهم لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم لكل واحد منهم
نصيبا جاز من غير اقراع لانه في معنى القضاء فملك الالزام الا انه ربما يتهم في ذلك
فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء وازاحة تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز
الا ترى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة في مثل هذا مع اصحاب السفينة كما
قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم انه المقصود ولكن
لو القى نفسه في الماء ربما ينسب الى ما لا يليق بالانبياء عليهم السلام فاستعمل القرعة
لذلك وكذا زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم عليهما (الاخبار)
السلام الى نفسه وقد علم انه احق بها منهم لان خالتها كانت عنده ولكنه استعمل
القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر اقرع بين نسائه مع انه لا حق لهن في القسم
حالة السفر تطييبا لقلوبهن ولا تدخل الدراهم في القسمة الا برضاهم وصورته

دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء واراد الشركاء ان يكون عوض
البناء دراهم واراد الآخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا
يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا تعذر فحينئذ للقاضي
ذلك لان القسمة من حقوق الملك المشترك والشركة بينهم في الدار لا في الدراهم
فلا يجوز قسمة ما ليس بمشترك. ولان احدهما يصل الى عين الدار وقدر الآخر في ذمته
وربما يتوى ذلك عليه. وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم كل
ذلك باعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم. ولان تعديل البنا لا يمكن
بالمساحة فيحتاج الى التقويم ضرورة. وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض
بالمساحة اذ هي الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البنا في نصيبه او من كان نصيبه
اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ ليس له
ولاية التصرف في المال ثم له ولاية القسمة في الصداق ضرورة ثبوت الولاية في
التزويج. وعن محمد رحمه الله انه يرد على شريكه بمقابلة البنا ما يساويه من العرصة
واذا بقي فضل ويتعذر تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البنا فحينئذ يرد
الفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل وهو المساحة الا
بقدرها. فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل او طريق في ملك الآخر لم يشترط
في القسمة وان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل
في طريق الآخر لامكان تحقيق معنى القسمة وهو قطع الشركة وتكميل المنفعة
بلا ضرورة. وان لم يمكن فسخت القسمة. لان المقصود وهو ما ذكرنا لم يحصل
فيفسخ ويستانف على وجه يمكن لكل واحد منهما ان يجعل لنفسه مسيلا
وطريقا. وحاصله انه ان امكن صرف الطريق والمسيل فلا يخلوا من ان ذكر
الحقوق او لم يذكر. فان لم يذكر الحقوق او ذكر الحقوق لا تدخل الحقوق
ولا تفسخ القسمة وان لم يمكن صرف الطريق او المسيل فان ذكر الحقوق دخل الحقوق
وصحت القسمة. وان لم يذكر الحقوق لا تدخل الحقوق وتفسخ القسمة. وصورته
دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر
البيت على ظهر الصفة فاقتسما واصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة
واصاب البيت احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء
وصاحب البيت يقدر ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ويسيل ماءه في ذلك فان
اراد ان يمر في الصفة على حاله ويسيل ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل
واحد منهما له ما اصابه بكل حق له او لم يشترط ذلك بخلاف البيع فانه لو باع
البيت وذكر في البيت الحقوق والمرافق دخل الطريق ومسيل الماء وان لم يذكر
الحقوق والمرافق لم يدخل والفرق ان المقصود بالبيع ايجاب الملك وقصد المشتري

ان يتمكن

ان يتمكن من الانتفاع وذا انما يتم بالطريق والمسيل الا ان ذلك خارج عن المحدود فلا
يدخل في البيع بمطلق تسمية البيت الا بذكر الحقوق والمرافق. فاما المقصود بالقسمة
فتمييز احد الملكين من الآخر وان يختص كل واحد منهما من الانتفاع بنصيبه على
وجه لا مشاركة للآخر فيه. وانما يتم هذا المقصود اذا لم يدخل الطريق والمسيل ليتميز
نصيب احدهما من الآخر من كل وجه. فلهذا لا يدخلان بذكر الحقوق والمرافق
ولو لم يكن له مفتح للطريق ولا مسيل فان كانا ذكرا في القسمة ان لكل واحد منهما
ما اصابه بكل حق هو له جازت القسمة وكان طريقه في الصفة ومسيل الماء على سطحه كما
كان قبل القسمة. وان لم يذكر الحقوق والمرافق فالقسمة فاسدة. بخلاف البيع
فانه يكون صحيحا وان لم يذكر الحقوق والمرافق. لان المقصود بالبيع ملك العين وهذا
المقصود يتم للمشتري وان تعذر عليه الانتفاع لعدم الطريق والمسيل له كمن اشترى   تعذر
مهرا صغيرا او ارضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشترى. فاما في القسمة
فالمقصود ايصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه. فاذا لم يكن له مفتح الى الطريق
ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على الضرر. فلا تجوز الا ان يذكر الحقوق والمرافق
فيستدل به على انهما قصدا ادخال الطريق والمسيل لتصحيح القسمة. لعلمنا ان القسمة
لا تصح بدونهما في هذا الموضع بخلاف ما سبق. وهذا لان المعتبر في القسمة المعادلة
في المنفعة. فاما اذا لم يكن طريق ولا مسيل لا تحصل معنى المعادلة في المنفعة فلا تصح
القسمة كما لو استاجر مهرا صغيرا او ارضا سبخة لا تصلح للزراعة حيث لم
يجز لفوات ما هو المقصود وهو المنفعة. فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يدخل الطريق
والمسيل وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتصح القسمة كما لو استاجر ارضا دخل
الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصل المنفعة. قلنا هناك
موضع الشرب والطريق ليس مما تناوله الاجارة ولكنه وسيلة الى المنفعة بالمستاجر
والاجر انما يجب اذا تمكن المستاجر من الانتفاع. ففي ادخال الشرب والطريق
توفير المنفعة عليهما. فاما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة وموجب
القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه. فلو اثبتنا لاحدهما حقا في نصيب
الآخر لتضرر به الآخر ولا يجوز الحاق الضرر به بدون رضاه. ودليل الرضى اشتراط الحقوق
والمرافق فلهذا لا يدخلان الا بذكر الحقوق. وذكر الحاكم الشهيد في المختصر
انهما يدخلان من غير ذكر. فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق. ولو اختلفوا في رفع الطريق
بينهم في القسمة فقال بعض الشركاء نرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا
نرفع نظر الحاكم فيه فان كان يستقيم لكل واحد منهم طريق يفتحه في نصيبه قسمه
بينهم بغير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية وهو المقصود. وان كان
لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق.

ولو اختلفوا في مقدار الطريق أي في سعته وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله لأن باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد إلى المتفق عليه. ولأنه إذا اكتفى بذلك في المدخل فكذا في السلوك والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة. لأن القسمة في غير الطريق لا فيه. ولو شرطوا أن يكون الطريق بينهم أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار بنصفين لأنه تجوز القسمة بالتراضي على التفاضل. سفل له علو وسفل مجرد لا علو له وعلو مجرد لا سفل له قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك عند محمد رحمه الله. لأن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والإصطبل وغير ذلك فصارت كالجنسين فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله بالذرع لأن الشركة في المذروع والقسمة بالذرع هي الأصل فيه فلا يعدل عنه ما أمكن. والمعتبر التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهم في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو. وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع. ثم قيل إن أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في تفضيل السفل على العلو. وأبو يوسف رحمه الله أجاب على ما شاهد من أهل بلده في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى. ومحمد رحمه الله شاهد اختلاف العادات والبلدان في ذلك فقال إنما يقسم بالقيمة. وقيل هو اختلاف حجة وبرهان. فوجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفل ضعف منفعة العلو لأنها لا تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وللسفل منفعة السكنى ومنفعة البناء. فإنه لو أراد أن يحفر في سفله سردابا لم يكن لصاحب العلو منعه عن ذلك وللعلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى فإنه لو أراد أن يبني على علوه علوا آخر كان لصاحب السفل منعه عن ذلك. والمعتبر في القسمة المعادلة في المنفعة. فلهذا جعل في مقابلة ذراع من السفل ذراعين من العلو. ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وقد استويا فيه. ولكل واحد منهما أن يتصرف في ملكه على وجه لا يلحق الضرر بصاحبه. فإن لصاحب العلو أن يبني على علوه إذا كان ذلك لا يضر بالسفل كما أن لصاحب السفل أن يحفر سردابا في السفل إذا كان ذلك لا يضر بصاحب العلو. فاستويا في المنفعة فيجعل ذراع من السفل بذراع من العلو. ووجه قول محمد رحمه الله أن في بعض البلدان يكون قيمة العلو أكثر من قيمة السفل كما بمكة شرفها الله تعالى ومصر. وفي بعضها يكون بالعكس كما بالكوفة. وفي كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل. وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح يختار السفل على العلو. وربما يختلف ذلك باختلاف الأوقات فلا يمكن اعتبار المعادلة إلا بالقيمة. والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يحتاج إلى التفسير. وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل

بمقابلة

بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل أي المشتمل على السفل والعلو. لأن العلو عنده مثل نصف السفل فثلثة وثلاثون وثلث من علو البيت الكامل يكون بمقابلة مثله من العلو المجرد. وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لأن علوه مثل نصف سفله فكان العلو والسفل مثل مائة ذراع من السفل. وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد. لأن العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو. وتقبل شهادة قاسمين إن اختلفوا أي إذا قسمت الدار والأرض بين الورثة والمشترين. فإن أنكروا فأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه فشهد القاسمان اللذان توليا القسمة أنه استوفى نصيبه تقبل شهادتهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما [الله] وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا. وذكر الخصاف قول محمد رحمه الله مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء. لمحمد رحمه الله أنهما شهدا على فعل أنفسهما فيردان كرجل علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله. ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لا فعلهما لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به لأنه غير لازم وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير. وقال بعض المشايخ رحمهم الله هذا إذا لم يستأجرا على القسمة حتى لا يكون هذا منهما جر النفع إلى أنفسهما. أما إذا قسما بأجر فلا تقبل الشهادة بالإجماع. قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة مغنما إلى أنفسهما لأن الخصوم اتفقوا على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز. وإنما الاختلاف في الاستيفاء فكانت التهمة منتفية. ولو شهد قاسم واحد لا يقبل لأن شهادة الفرد أو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الإلزام على الآخر إذا كان منكرا

باب دعوى الغلط

في القسمة والاستحقاق فيها والمهايأة. وإذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة. لأن القسمة بعد تمامها عقد لازم فمدعي الغلط يدعي لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد فلا يقبل قوله إلا بحجة. فإن لم يكن له بينة استحلف الشركاء لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم فإذا أنكروا استحلفوا عليه رجاء النكول فمن حلف منهم لم يكن عليه سبيل. ومن نكل عن اليمين جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم ذلك بينهما على قدر نصيبهما لأن الناكل كالمقر وإقراره حجة عليه دون غيره. قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا. لأنه

متناقض. والإبراء شائع من بعد. وإن قال استوفيت حقي فأخذت بعضه فالقول
للخصم مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر والقول للمنكر مع اليمين. وإن
قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه
شريكه تحالفا وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما أصاب كل واحد بالقسمة وكذا
فصار كالاختلاف في مقدار المبيع. ولو ظهر غبن فاحش في القسمة. إن كانت القسمة
بقضاء القاضي يبطل عند الكل. لأن تصرفه مقيد بالعدل. وإن كانت بالتراضي له
أن يبطل القسمة. كما لو كانت القسمة بقضاء القاضي في الصحيح كذا ذكره القاضي فخر
الدين خان رحمه الله. ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا
في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة فأنكر الآخر فعليه البينة. فإن أقاما البينة
فالاعتبار ببينة المدعي لأنه خارج. وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا.
وكذلك لو اختلفا في الحدود بأن قال أحدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبه
وقال الآخر هذا الحد لي قد دخل في نصيبه. فإن أقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء
الذي في يد صاحبه. لأن كل واحد منهما يثبت الملك لنفسه في جزء مما في يد صاحبه
بعينه واجتمع في ذلك الجزء بينة الخارج وذي اليد فترجح بينة الخارج. وإن أقام
أحدهما بينة قضي له. وإن لم يكن لواحد منهما بينة تحالفا. فيحلف كل واحد منهما على
دعوى صاحبه كما في البيع وبعد التحالف ترد القسمة **فصل في الاستحقاق**
إذا استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في نصيب شريكه ولا تفسخ القسمة
عند أبي حنيفة رحمه الله. ولو استحق بعض معين لا تفسخ القسمة إجماعا وإن استحق
بعض شائع في الكل يفسخ اتفاقا. وصورة المسألة أن تكون دار بين رجلين نصفين
فاقتسماها. فأخذ أحدهما الثلث من مقدمها وقيمته ستمائة وأخذ آخر الثلثين
من مؤخرها وقيمته ستمائة وهي ميراث بينهما أو شراء ثم استحق نصف ما في يدي
صاحب المقدم مشاعا. فعند أبي حنيفة رحمه الله لا تبطل القسمة. لكن إن شاء
رجع صاحب المقدم على صاحب المؤخر بربع ما في يده وقيمة ذلك مائة وخمسون
درهما وإن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص. وقال أبو يوسف رحمه الله
تنقض القسمة وما بقي في أيديهما يكون بينهما نصفين. وقول محمد رحمه الله مضطرب
والأصح أنه مع أبي حنيفة رحمه الله. لأبي يوسف أن باستحقاق نصف ما في يد صاحب
المقدم شائعا ظهر لهما شريك ثالث في الدار والدار المشتركة ثلاثة إذا قسمها
اثنان منهم كانت شائعا. وهذا لأن الاستحقاق وإن كان من نصيب صاحب المقدم
خاصة فلا يؤدي إلى الشيوع في الكل فيفوت معنى القسمة وهو الإفراز. لأن المستحق
إذا أخذ نصف يد صاحب المقدم رجع بحصة ذلك فيما في يد صاحب المؤخر فيكون
ذلك بمنزلة ما لو استحق جزء شائع في الكل. بخلاف المعين لأن ما وراء المستحق بقي مفروزا

مقدارا

مقدارا بينهما للثالث ليس فيه نصيب شائع. ولهما أن معنى القسمة التمييز والإفراز.
وهذا المعنى لا يفوت باستحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما. وهذا لأن ما
تبين بالاستحقاق لا يمنع ابتداء القسمة. فإنه لو كان مؤخر الدار بين الشريكين
ولهما شريك ثالث في النصف المقدم بنصفه فاقتسما على أن يأخذ أحدهما ما لهما
من النصف المقدم وهو النصف وربع المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان جميع
الدار لأن حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أثمان جميع الدار يجوز. وما لا يمنع ابتداء
القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الأولى. وصار كاستحقاق بيت معين من المقدم بخلاف
ما إذا استحق جزء شائع في جميع الدار. لأن معنى الإفراز والتمييز لم يتحقق ولهذا
لو كان استحقاق ذلك ظاهرا لم تجز القسمة بينهما ابتداء. فكذا لا تبقى لأنه
لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين ولا ضرر هنا بالمستحق
فوضح الفرق. وإنما يرجع صاحب المقدم على شريكه بربع ما في يده إذا اختار إمضاء القسمة
لأنه لو استحق كل المقدم لرجع على شريكه بنصف ما في يده. فإذا استحق نصفه يرجع
عليه بنصف نصف ما في يده وهو الربع اعتبارا للبعض بالكل. والحاصل أن قيمة الدار
ألف ومائتا درهم وباستحقاق نصف المقدم تبين أن المشترك بينهما تسعمائة
فحق كل واحد منهما في أربعمائة وخمسين. والذي بقي في يد صاحب المقدم يساوي
ثلاثمائة. وما في يد صاحب المؤخر يساوي ستمائة فيرجع عليه بربع ما في يده وقيمته
مائة وخمسون. حتى يسلم لكل واحد منهما ما يساوي أربعمائة وخمسين. ولو باع
صاحب المقدم نصف ما في يده فاستحق النصف الثاني يرجع عند أبي حنيفة رحمه الله
على صاحبه بربع ما في يده وسقط اختياره في نقض القسمة بالبيع وبتعين حقه.
في الرجوع بعوض المستحق وهو ربع ما في يد صاحب المؤخر. وعند أبي يوسف رحمه الله
ما في يد صاحبه من الدار بينهما نصفان ويضمن نصف قيمة ما باع لصاحبه. لأنه بالاستحقاق
تبين أن القسمة كانت فاسدة. والمقبوض بالقسمة الفاسدة مملوك فينفذ البيع فيه
كالمقبوض بالشراء الفاسد ويكون مضمونا بالقيمة. فلهذا يضمن نصف قيمة ما باع
لشريكه وما في يد صاحب المؤخر بينهما. وقول محمد رحمه الله مضطرب كما مر. ولو وقعت
القسمة ثم ظهر دين في التركة ردت القسمة قليلا كان الدين أو كثيرا. أما إذا كان
الدين محيطا بالتركة فلأن التركة لا ينفذ تصرفهم فيها والقسمة تصرف بحكم الملك.
وأما إذا قل الدين فلأن حق الاستيفاء متعلق بالتركة شائعا فيها فلا يجوز التصرف
كالمرهون. ولأنه لا يسلم للوارث شيء من التركة إلا بعد قضاء الدين فهذه قسمة قبل
أوانها إلا إذا بقي من التركة ما بقي من الدين وراء ما قسم. لأن المانع من القسمة قيام حق
الغير ثم فإذا وصل إليه حقه من محله زال المانع من نفوذ القسمة. ولو أبرأه الغرماء بعد
القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لزوال المانع بوصول

حق الغريم اليه او سقوط دينه بالابراء. ولو ادعى احد المتقاسمين دينا على الميت كالمرأة اذا
ادعت مهرها او غيرها من الورثة ثم ادعى دينا على الميت صح دعواه. ولو اقام البينة له ان
ينقض القسمة ولم تكن قسمته ابراء من الدين لان القسمة تصادف الصورة وحق الغريم تعلق
بالمعنى دون الصورة. الا ترى ان للورثة حق الايفاء من محل اخر لاستيفاء التركة لانفسهم
فلم يكن من ضرورة الاقدام على القسمة عدم الدين فتقبل دعواه وبينته. ولو ادعى عينا
باي سبب كان لم يسمع لوجود التناقض اذ الاقدام على القسمة اقرار منه بان المقسوم
مشترك. واذا صار له بعض الدار بالقسمة فباع حظه وبنى فيه المشتري ثم وجد به
عيبا ورجع على بايعه بنقصان العيب لم يملك رده بسبب الزيادة لم يرجع البايع على
شريكه بما غرم. قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يرجع كما اذا باع
امته ثم باعها المشتري من اخر فاستولدها المشتري الثاني ثم استحقها رجل اخر
فاخذها واخذ قيمة الولد رجع على البايع بالثمن وبقيمة الولد. والبايع يرجع على بايعه
بالثمن لا غير عنده. وعندهما يرجع عليه بالثمن وقيمة الولد. اذا اقتسم الورثة بغير
امر القاضي وبعضهم غايب فالقسمة موقوفة على اجازة الغايب فان مات الغايب
قبل ان يجيز فاجازه وارثه صحت استحسانا وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ولم تصح قياسا وهو قول محمد رحمه الله لانها توقفت على اجازته فلا تنفذ باجازة
وارثه كالبيع. ولهما ان القسمة الاولى لو بطلت لاعادوها بالتراضي وقد تراضوا
بهذه القسمة فصار كانهم اعادوها. **فصل في المهاياة** الهيئة هي الحالة الظاهرة
للمتهيئ للشيء. والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به. وحقيقته
ان كلا منهم يرضى بحالة ويختارها. واما المهاياة بابدال الهمزة الفا فلغة وهي
جايزة استحسانا لما روي انه عليه السلام قسم في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة
نفر فكانوا يتناوبون في الركوب. ولان الاعيان خلقت للانتفاع وهو مستحق
لملاكها. فمتى كان الملك مشتركا كان الانتفاع مشتركا. وقد يكون المحل بحال
لا يحتمل القسمة عينا ولا يحتمل الانتفاع على الاشتراك في زمان واحد فيحتاج الى
التهايؤ وهو قسمة المنافع فيجوز كالقسمة في الاعيان. ولهذا يجري فيه
جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانها
جمع للمنافع في زمان واحد وهذا جمع على التعاقب. ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانها ابلغ. ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة
كالدار والارض ونحوهما ثم طلب احدهما القسمة تقسم وتبطل المهاياة. لان القسمة
ابلغ في استكمال المنفعة من المهاياة. ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما
لانه لو انتقض لاحتاج الحاكم الى اعادته في الحال فلا معنى للنقض ثم الاستيناف. وهو
على وجوه. وقد تكون في الدار الواحدة او الدارين. وفي العبد الواحد او العبدين وفي

الدابة

الدابة او الدابتين من حيث المنفعة او من حيث الاستغلال فلو تهايئا في غلة
دار او دارين او خدمة عبد او عبدين او سكنى دار او دارين يصح اتفاقا ولو تهايئا
في غلة عبد او غلة بغل لا يصح اتفاقا. ولو تهايئا في غلة بغلين او غلة بغلين او ركوب
بغل او بغلين لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما. فهذه ثنتا عشرة مسئلة
في ثنتين لا يصح اتفاقا وفي ست يصح اتفاقا وفي اربع خلاف لهما في غلتي العبدين
ان المهاياة تجوز في خدمتهما فكذا في بدل خدمتهما اعتبارا بالدارين غلة عبد
واحد لان الاعتدال لا يمكن مراعاته في عبد واحد لان ذا لا يتاتى الا في زمانين
فيتاخر مدة انتفاع احدهما عن مدة الاخر فيتوهم اسباب التغيير في حق احدهما
عين انا اعتبرنا هذا التفاوت في الغلة دون الخدمة لان العبد يخدم بنشاطه فلا
يلحقه التعب عادة. وفي الكسب يلحقه التعب عادة والتعب سبب التغيير. ولان
الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتفاوتان. وله انه
متى اعتبرنا التفاوت عند اختلاف الزمان فلان نعتبر عند اختلاف المحل اولى
فالعبدان لا يستويان عادة في تحمل التعب بل يتفاوتان. وعند التفاوت في تحمل
التعب فات الاعتدال والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة لعدم امكان قسمتها
ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال. بخلاف الدارين
لان الظاهر عدم التغيير في العقار. ولهما في ركوب البغل والبغلين وغلة البغلين
ان القاضي يقسم الحيوان بينهما جبرا فكذا منافعها وبدلها. بخلاف غلة البغل لما ذكرنا
وله ان الركوب يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق فلا يتحقق
التسوية فلا يجبر القاضي عليه. وحكم الغلة حكم الركوب لانها بدله. ولو تهايئا في دار
واحدة على ان يسكن هذا طايفة وهذا طايفة او هذا علوها وهذا سفلها
يجوز لان القسمة على هذا المثال تجوز فكذا المهاياة التي هي قسمة المنفعة. والتهايؤ على هذا
الوجه افراز لا مبادلة حتى لا تفتقر الى بيان الوقت. ولكل واحد منهما ان يستغل ما
اصابه بالمهاياة سواء شرط ذلك في المهاياة او لم يشترط. لانا اذا اعتبرناه قسمة المنافع
فتحدث المنافع على ملكه فيملك التمليك من غيره بعوض وبغير عوض. ولو تهايئا
في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز. وكذا هذا في البيت الصغير
لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان. والتهايؤ في الزمان متعين
هنا. ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يامرهما القاضي
بان يتفقا على شيء لان الاول اكمل لانه ينتفع بجميع الدار والثاني اعدل لان كل
واحد منهما ينتفع في زمان واحد فاذا اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه
من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة. ولو تهايئا في عبدين على الخدمة جاز
اما عندهما فظاهر لانه يجوز قسمة الرقيق. واما عنده فلان الخدمة هي القيام

بالعرايا ويجوز التفاوت في ذلك لقلة بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا
على ما مر. ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه صح استحسانا للتسامح في
الطعام للمماليك بخلاف شرط الكسوة للتضايق فيها. ولو تهايئا في دارين على ان يسكن
كل واحد منهما دارا جاز. ويجبر القاضي عليه. اما عندهما فلان قسمة الدارين على هذا
المثال يصح. فكذا التهايؤ. وكذا عنده لان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي
ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة كالقسمة. ولانه يكثر
التفاوت في اعيانهما فالحقت بالاجناس المختلفة فصارت مبادلة. وعن ابي حنيفة
رحمه الله انه لا يجوز التهايؤ فيه بالجبر اعتبارا بالقسمة وكذا بالتراضي لان بيع بعض
احدهما بالاخرى جائز والتهايؤ بالاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية.
وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز. والفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال. والظاهر عدم التغير في العقار والتغير في الحيوان فتفوت
المعادلة. ولو زادت الغلة في الدار الواحدة في نوبة احدهما ونقصت في نوبة الاخرى
يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل. بخلاف ما لو كان التهايؤ في المنافع فاستغل
احدهما في نوبته زيادة. لان التهايؤ وقع في المنافع فيجب مراعاة التعادل فيها
وبالتفاوت في الغلة لا يتبين. وفوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان
ثم يختلفان في البدل عند العقد. وبخلاف ما لو تهايئا على الاستغلال في الدارين
وفضلت غلة احديهما حيث لا يشتركان فيه. لان معنى الافراز راجح في الدارين
لاتحاد زمان الاستيفاء. فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل
اليه صاحبه. وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه اقرض نصيبه
من غلة هذا الشهر على ان يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني. ويجعل كل واحد
منهما وكيلا عن صاحبه. فاذا استوفى قدر العرض كان الباقي مشتركا. ولو
كان نخل او شجر بين شريكين فتهايئا على ان ياخذ كل واحد منهما طايفة يستثمرها
لم يجز وكذا لو كان غنم بين اثنين فاتفقا ان ياخذ كل واحد منهما طايفة يرعاها
وينتفع بالبانها لم يجز لان المهايأة تختص بالمنافع دون الاعيان. فالضرورة تتحقق
في المنافع لانه لا يمكن قسمتها بعد وجودها لسرعة فنائها وانقضائها. وهذه اعيان
باقية يمكن قسمتها فلم تتحقق الضرورة. والحيلة ان يبيع حصته من الاخر
ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع بوزن معلوم استقراضا لنصيب صاحبه
نعم هو قرض المشاع لكنه جايز والله اعلم.

كتاب المزارعة

هي في اللغة مفاعلة من الزراعة. وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة
عند ابي حنيفة رحمه الله جايزة عندهما. لانه عليه السلام دفع نخل خيبر الى اهلها
معاملة وارضها مزارعة على نصف ما يخرج من ثمر وزرع. وكذلك عمل الصحابة

والتابعين

والتابعين والصالحين رضي الله عنهم الى يومنا هذا بلا نكير. ولان العقود ما شرعت
الا لحاجة الناس. وبالناس حاجة اليها. فان الانسان قد تكون له ارض ولا يهتدي الى
الزراعة وقد يكون مهتديا ولا يكون له ارض فمست الحاجة الى انعقادها لتنتظم
مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الربح كما في المضاربة وانه يكون العمل فيها من احد هما
والمال من الاخر. وما يحصل من الربح بينهما لان العمل والمال بينهما لحاجتهما الى ذلك بخلاف
دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الاولاد والابريسم فان تلك الزوائد
تتولد من العين ولا اثر لعمل الراعي والحافظ فيها. وانما تحصل الزيادة بالعلف
والسقي. والحيوان يباشرهما باختياره فلم يتحقق شركة مع انه ليس في ذلك العقد
عرف ظاهر. واما هاهنا فلعمل الزارع تاثير في تحصيل الخارج. والعرف ظاهر في عامة
البلدان فافترقا. وله حديث رافع ابن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث والربع من الخبر وهو الاكار لمعالجته الخبار
وهي الارض الرخوة. ولانها وان تضمنت معنى الشركة فمعنى الاجارة فيها
اغلب. الا ترى انها لا تصح بدون ذكر المدة وهي لازمة من جانب من لا بذر من قبله
وكذا من جانب الاخر بعد القاء البذر في الارض. والمعاملة لازمة من الجانبين
في الحال فلا يشترط التوقيت في الشركة والمضاربة ولا يتعلق بهما اللزوم ولم
يوجد شرط الاجارة لان الاجرة مجهولة معدومة وفي وجودها خطر. وفي كل
واحد من المعنيين تمتنع صحة الاجارة. ولانه استيجار ببعض ما يخرج من عمله فكان
في معنى قفيز الطحان. وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان. ولا يصح
الاستدلال بالمضاربة. لان معنى الشركة ثم اغلب حتى صحت بدون ذكر المدة ومعاملة
النبي صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر كان على سبيل المصالحة. فانه لو اخذ الكل لجاز فانه ملكها
غنيمة ولكنه من عليهم برقابهم واراضيهم ونخيلهم وجعل عليهم نصف الخارج بطريق
خراج المقاسمة. وللامام راي في الارض الممنون بها على اهلها. ان شاء جعل عليها خراج
المقاسمة. والحيلة لجواز المعاملة والمزارعة عنده ان يستاجر العامل باجر معلوم
الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يستوجب الاجر سواء حصل الخارج او لا ثم يتبرع صاحب
على بعض الخارج فيجوز ذلك واذا فسد العقد عنده وان سقى الارض وكربها ولم يخرج
شيء فله اجر مثله لانه بمنزلة اجارة فاسدة. هذا اذا كان البذر من قبل رب الارض وان
كان البذر من قبله فعليه مثل اجر الارض والخارج في الصورتين لرب البذر لانه نماء
ملكه وللاخر الاجر. والفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور التعامل بها
وان كان القياس يأباه كالاستصناع. فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا
النصوص الواردة في المجتهدات صور النصوص ولانه لا يحل لاحد الخلاف فيها. او نحملها
على ما اذا شرطا شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما.

من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما. ثم المزارعة على قول من يجيزها
تستدعي شرائط احدها كون الارض صالحة للزراعة ليحصل المقصود. وثانيها
ان يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد فعقد ما لا يصح الا من اهله وهو لا يختص
بهذا العقد. وثالثها بيان المدة لان العقد يرد على منفعة الارض ان كان البذر من
قبل العامل او على منفعة العامل ان كان البذر من قبل رب الارض. والمنفعة لا يعرف
مقدارها الا ببيان المدة. فكانت المدة معيارا للمنفعة. ورابعها بيان من كان من قبله
البذر لان المعقود عليه يختلف باختلافه. فان البذر ان كان من قبل العامل فالمعقود
عليه منفعة الارض. وان كان من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل
فلا بد من بيان المعقود عليه لان جهالته تؤدي الى المنازعة بينهما. وخامسها بيان جنس
البذر. وسادسها بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط
وما لم يكن معلوما لا يستحق شرطا بالعقد. وسابعها التخلية بين الارض وبين العامل
حتى اذا شرط في العقد ما يفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لم يصح
العقد. وثامنها الشركة في الخارج عند حصوله لانه ينعقد اجارة ويتم شركة في
الانتهاء. وكل شرط يؤدي الى قطع الشركة في الخارج يكون مفسدا للعقد. وانما
يصح عندهما اذا كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لاخر لان رب الارض استاجر
العامل للعمل والبقر آلة العمل فجاز شرطه عليه. كما لو استاجر خياطا ليخيط له بابرة
نفسه او صباغا ليصبغ الثوب بصبغ نفسه. او تكون الارض لواحد والباقي لاخر
لان رب البذر استاجر الارض بجزء معلوم من الخارج. ولو استاجرها باجر
معلوم من الدراهم او الدنانير صح. فكذا اذا استاجرها بجزء مسمى من الخارج. او يكون
العمل من واحد والباقي لاخر لان رب الارض استاجر العامل ليعمل باله فيصح كما
لو استاجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب او طيانا ليجعل له طينا بمره. فان كانت
الارض والبقر لواحد. والبذر والعمل لاخر فهي فاسدة في ظاهر الرواية. وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يجوز ايضا للعرف. ولانه لما جاز ان يكون البقر بدون البذر مشروطا عليه
كما في جانب العامل جاز ان يكون البقر مشروطا عليه بدون البذر. وجه الظاهر
ان رب البذر استاجر الارض والبقر. واستئجار البقر بجزء من الخارج مقصودا لا يصح
وهذا لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض. فان منفعة الارض قوة
في طبعها يحصل بها الخارج. ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل فلعدم المجانسة
لا يمكن جعل البقر تبعا لمنفعة الارض. ولا يجوز استحقاق منفعة البقر مقصودا
بالمزارعة كما لو كان البقر مشروطا على احدهما فقط. بخلاف جانب العامل لان البقر
آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل. وان كان البذر لاحدهما والباقي لاخر
فهي فاسدة لان الشرع لم يرد به. وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز للتعامل.

وكذا ان كان

وكذا ان كان البذر والبقر لواحد والعمل والارض لاخر لانه لما لم يصح عند انفراد
كل واحد من البقر والبذر فكذا عند الاجتماع. والخارج لرب البذر في الوجهين
في رواية اعتبارا لسائر المزارعات الفاسدة. وفي رواية لرب الارض ويصير مستقرضا
للبذر قابضا له باتصاله بارضه. ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا. وان يكون الخارج
بينهما مشاعا ليتحقق معنى الشركة. فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي فاسدة
لجواز ان لا تخرج الارض الا هذه القفزان المسماة فيكون هذا الشرط قاطعا للشركة حينئذ
وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة. وكذا لو شرطا ان يرفع
رب البذر بذره من الخارج ويكون الباقي بينهما نصفين. وهذا اذا كان خراج موظف
لانه عسى ان لا يخرج الا ذلك القدر. واما اذا كان خراج مقاسمة نحو الثلث والربع
يجوز كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية. او شرط رب البذر عشر
الخارج لنفسه او للاخر والباقي بينهما لانه مشاع ولا يؤدي الى قطع الشركة. وكذا
لو شرطا لاحدهما ما على الماذيانات والسواقي يفسد لجواز ان لا يخرج الا من ذلك الموضع
فيكون الشرط قاطعا للشركة حينئذ. وكذا لو شرطا لاحدهما ما يخرج من
ناحية معينة وللاخر ما يخرج من ناحية اخرى لجواز ان يحصل الريع في الناحية
المشروطة لاحدهما دون الاخر. وكذا لو شرطا لاحدهما التبن وللاخر الحب او شرطا
التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود. ولو
شرطا الحب نصفين وسكتا عن التبن صحت لانهما شرطا الشركة فيما هو المقصود
والسكوت عن التبع لا يوجب بطلان العقد في الاصل. ثم التبن يكون لرب البذر لانه
نماء ملكه وغيره انما يستحق بالشرط ولا شرط. وقيل التبن بينهما ايضا لان المعتبر
هو العرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه. ولو شرطا الحب
نصفين والتبن لرب البذر صحت لانه شرط موافق لحكم العقد لانه ملكه. ولو
شرطا التبن للاخر فسدت لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو يؤدي الى قطع
الشركة فربما تصيبه آفة ولا يخرج الا التبن. واذا فسدت المزارعة فالخارج
لرب البذر لانه نماء ملكه. والفرع انما يملك بملك الاصل وانما يستحق الاجر بالتسمية
واذا فسدت يكون النماء كله لرب البذر. فلو كان البذر من رب الارض فللعامل
اجر مثله. وان كان من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه. لانه استوفى
منفعة الارض او العامل بعقد فاسد فيجب رده وقد تعذر رد عينها فيجب عليه
قيمتها. ثم عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يزاد على ما شرط له في المزارعة
لرضاه بسقوط الزيادة. وعند محمد رحمه الله في الفصلين له اجر مثله بالغا ما بلغ
وقد مر في الشركة. ولو كان البقر والارض لواحد والبذر والعمل لاخر وفسدت
المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر لانه استوفى منفعة ارضه وبقره بحكم

عقد فاسد وقيل يغرم له مثل أجر الأرض مكروبة فأما البقر فلا يجوز أن تستحق
بعقد المزارعة فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل
لا يكون بدون انعقاد العقد إذ المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والأصح أن عقد
المزارعة من جنس الإجارة لما مر ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الإجارة فينعقد
عليها عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب أجر مثلها كما يجب أجر مثل الأرض وإذا
فسدت المزارعة والبذر من رب الأرض طاب له الخارج كله لأنه نماء ملكه
خرج من أرض مملوكة له وإن كان البذر من العامل طاب له قدر بذره وقدر
ما غرم من أجر مثل الأرض وتصدق بالفضل لأن النماء حصل من البذر وخرج من
الأرض والأرض غير مملوكة له فاتر في حب ما يخرج منه فما سلم له بعوض طاب له
وما لا عوض له تصدق به وإن صحت المزارعة فالخارج على الشرط والمسلمون
عند شروطهم فإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل لأنها إن كانت إجارة
فالواجب في العقد الصحيح المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وإن كانت شركة
فالشركة في الخارج لا في غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت المزارعة
ولم تخرج الأرض شيئا فإنه يجب أجر المثل في الذمة وفوات الخارج لا يمنع وجوبه في
الذمة وإذا عقدت المزارعة فامتنع أحد العاقدين عن المضي في العقد فإن كان
الممتنع من العمل رب البذر فله ذلك لأنه لا يتوصل إلى الوفاء بالعقد إلا بإتلاف البذر
وفيه ضرر يلزمه فلا يجبر على ذلك كما لو استأجر أجيرا ليهدم داره وإن امتنع
الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل لأن الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه
فلزمه العقد كما يلزم في سائر الإجارات إذا كان عذر يفسخ به الإجارة فتفسخ
به المزارعة ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض
فلا شيء له في عمل الكراب لأن عمله إنما يتقوم بالعقد والعقد قوم بجزء من الخارج
ولا خارج بعد قالوا هذا الجواب في الحكم فأما فيما بينه وبين ربه فيلزمه أن يعطي
العامل أجر مثل عمله لأنه إنما اشتغل بإقامة هذه الأعمال ليحصل له نصيبه من
الخارج فإذا أخذ الأرض منه فقد غره والغرور مدفوع فينبغي أن يطلب رضاه
وتبطل المزارعة بموت أحد المتعاقدين كالإجارة فلو كان دفعها إلى ثلاث سنين
فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد مات رب الأرض تركت الأرض في يد
المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم بالشرط وتنتقض المزارعة في السنتين الباقيتين
لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة الحقوق حق المزارع والورثة وفي القلع
إبطال لحق العامل أصلا فكان الإبقاء أولى فأما في السنة الثانية والثالثة فلا حاجة
إلى الإبقاء لأنه لم يثبت الحق للمزارعة في شيء بعد فعملنا بالقياس ولو مات رب الأرض
قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة لأنه ليس في

ذلك

ذلك إتلاف مال المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة العمل لأنه يتقوم بالخارج فلا يجب
شيء وإذا فسخت المزارعة بدين فادح برب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز كما في
الإجارة وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار وسوى المسناة بشيء
لأنه لا يجوز أن يطالبه بالمسمى وهو الخارج لأنه معدوم ولا يجوز أن يطالبه
بأجر المثل لأنه إنما يجب عند فساد العقد ولم يفسد ولو نبت الزرع ولم يستحصد
لم تبع الأرض في الدين حتى يستحصد الزرع لأنه لو بيع في الدين يؤدي إلى إبطال حق المزارع
أصلا وفي التأخير إضرار بالغرماء ولكن ضرر التأخير أهون من ضرر الإبطال فيتأخر
البيع في الدين إلى وقت الحصاد ويخرجه القاضي من السجن إن كان حبسه في الدين لأنه ممنوع
عن بيع الأرض فلم يكن ظالما فلا يحبس لأنه جزاء الظلم فإن مضت مدة المزارعة والزرع
لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصف الأرض لصاحب الأرض إلى أن يستحصد لأنه استوفى
منفعة نصف الأرض لثبوت حصته فيها إلى وقت الإدراك وهذا لأن المدة إذا انقضت
فقد انتهى العقد إلا أن في قلعه ضررا فأبقينا العقد بالأجرة كما في الإجارة والنفقة
على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما حتى يستحصد لأنه عمل في مال مشترك حيث انتهى
العقد بانتهاء المدة واستحقاق العمل على العامل إنما كان في المدة بالعقد فلم يبق وهذا
بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لأن العقد
ثم يبقى في مدته فأما هنا فقد انتهت المدة فانتهى العقد فلم يختص العامل بالعمل وإن
أنفق أحدهما بغير أمر صاحبه وأمر قاض فهو متطوع في النفقة لأن كل واحد
منهما غير مجبور على الإنفاق فصار كالدار المشتركة بينهما إذا استرمت فأنفق أحدهما
في مرمتها بغير أمر صاحبه كان متطوعا ولو أراد رب الأرض أن يأخذ الزرع بقلا
لم يكن له ذلك لأنه إضرار بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لرب الأرض
اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما أنفقه
في حصته لأن المزارع إذا امتنع من العمل لم يكن له الإجبار عليه بعد مضي المدة لانتهاء
العقد فبقي الزرع مشتركا بينهما فيخير رب الأرض بين هذه الخيارات لأن بكل واحد
منها يندفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل
إلى أن يستحصد الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك لأنهم قائمون مقام المورث
في ملك نصيبه من الزرع فيقومون مقامه في العمل وليس في إبقاء العقد إضرار
برب الأرض وفي القلع إضرار بالورثة فكان إبقاء العقد أحق ولذا بقي العقد
فلا أجر للورثة فيما يعملون لأنهم عملوا بموجب العقد فإن أراد الورثة قلع الزرع
لم يجبروا على العمل لأن الحكم ببقاء العقد للنظر لهم فلا يمكن الإلزام والمالك على الخيارات
الثلاث كما بينا وكذا أجر الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما بالحصص
فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم عام في جميع المزارعات عن مختص

بصورة انقضاء المدة والزرع لم يدرك. وهذا لأن المزارعة تنتهي باستحصاد الزرع
حتى لو دفعه معاملة بعد ما استحصد ليقيم فيه الأعمال بالثلث لم يجز. فلم يكن الحصاد
من عمل المزارعة في شيء فكان شرطه مفسدا للعقد لأنه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لأحدهما فيفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل. وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز إذا شرط على المزارع لأنه متعارف وصار كشرط حذو
النعل على البائع. وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله. وهذا لأن المعروف كالمشروط
فقد جوزنا الاستصناع المعروف وإن كان القياس يأباه فهذا مثله. قال
شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المبسوط وهذا هو الصحيح في ديارنا والأصل أن ما
كان من عمل قبل الإدراك كالحفظ والسقي فهو على العامل لأن العقد عليه. وما كان
من عمل بعد تمام الإدراك قبل القسمة كالحصاد والدياسة والرفاع والتذرية فهو
عليهما لأن الخارج ملكهما فالمؤنة فيه عليهما بقدر الملك. وما كان من عمل بعد
القسمة كالحمل إلى البيت أو الطحن فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة. لأن بالقسمة
تميز ملك أحدهما عن الآخر فيكون التدبير في ملك كل واحد منهما إليه. والمعاملة على هذا
القياس ما كان قبل إدراك الثمر كالسقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل. وما كان
بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو عليهما. ولو شرطا الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق
لعدم العرف فيه. وإنما ترك أبو يوسف رحمه الله القياس في الحصاد للتعامل ولا تعامل
هنا وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما للماس. ولو شرطا الحصاد في
الزرع على رب الأرض لم يجز إجماعا لأنه لا عرف فيه. ولو أرادا فصل القصيل أو جد
التمر بسرا أو التقاط الرطب فهو عليهما. لأنهما إذا أنفقا على القطع فكأنهما أنهيا العقد
فصار كالحصاد بعد التناهي. وإذا كان البذر من رب الأرض وشرط ثلث الخارج
لنفسه وثلثه للمزارع وثلثه لعبده مأذون مديون للمزارع ولم يشترط العمل للعبد
فالمشروط للعبد يكون لرب البذر عند أبي حنيفة رحمه الله على قول من يجيز المزارعة
لأن المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فصار شرطه للعبد بغير عمل
كشرطه للأجنبي بغير عمل فلا يستحقه بل يبقى لرب البذر يملكه لا بالشرط.
وقالا هو للمزارع لأن مولاه يملك كسبه وصار شرطه للعبد بغير عمل شرطا لمولاه
ولو قال إن زرعته في رجب فلك النصف وإلا فثلثه. فعند أبي حنيفة رحمه الله
صح الشرط الأول وفسد الشرط الثاني. وعندهما صح الشرطان وقد مر الوجهان
ولو قال رب الأرض دفعت الأرض بالنصف وقال المزارع بل شرطت لي نصف الخارج
وزيادة عشرة أقفزة وكان ذلك قبل العمل فالقول لرب الأرض على قياس قول
أبي حنيفة رحمه الله وعلى قول من أجاز المزارعة لأن القول لمدعي الصحة عنده كما في السلم
وعندهما القول للمزارع لإنكاره لزوم العمل عليه. وإن اختلفا بعد فراغه من العمل

فالقول

فالقول لرب الأرض عندهم لأنه لا إنكار من المزارع. لأنه إذا فرغ من العمل لا يمكن
أن يقال أنه أنكر لزوم العمل عليه. ولو دفع أرضه إلى رجلين على أن يزرعاها ببذرهما على أن
لأحدهما الثلث الخارج وللآخر تسعين قفيزا من الخارج تفسد المزارعة في الكل عنده
لأن المزارعة على أن يكون لأحدهما قفزان مسماة من الخارج فاسدة عندهم والصفقة
متحدة فيفسد الكل كما هو أصله. وعندهما جاز في حق صاحب الثلث ويفسد
في حق من شرط له تسعون قفيزا من الخارج لما عرفت.

كتاب المساقاة

المساقاة هي مفاعلة من السقي وهي المعاملة في الأشجار ببعض
الخارج منها. قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر مشاعا باطلة. وقالا جائزة
إذا سمي جزءا من الثمر مشاعا. والكلام فيه كالكلام في المزارعة. وشرط تسمية الجزء
مشاعا إذا شرط جزء معين ينقطع الشركة. وقال الشافعي رحمه الله ومالك المعاملة
جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة وشرط التبعية عند مالك أن يكون الأصل
ضعف التبع. لأن به يتحقق التبعية. والمعاملة إنما تصح عنده إذا شرط النفقات كلها
على العامل لأنه من تمام العمل. لهما أن الأصل في هذه المضاربة والمعاملة أشبه بالمضاربة
من المزارعة. فإن في المعاملة الشركة في الزيادة دون الأصل فهو النخيل كما في
المضاربة الشركة في الربح دون رأس المال وفي المزارعة. ولو شرطا الشركة في الفضل
دون البذر بأن شرطا رفع البذر من رأس الخارج لم يجز العقد فجوزنا المعاملة مقصودا
ولم نجوز المزارعة إلا تبعا في ضمن المعاملة. وقد يصح العقد في الشيء تبعا وإن كان لا يصح
مقصودا كالوقف في المنقول تبعا للوقف العقار. وبيع الشرب تبعا لبيع الأرض.
ولو دفع نخلا أو شجرا أو كرما معاملة بالنصف ولم يبين مدة معلومة لم يجز قياسا
لأنه استئجار للعامل. وفي هذا لا يصير المعقود عليه معلوما إلا ببيان المدة فإذا لم
يبينا لم يجز العقد في المزارعة. وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز. ويقع على أول
ثمر يخرج في أول السنة. لأن لإدراك الثمر وقتا معلوما عادة. والثابت عادة كالثابت
شرطا. وصارت المدة معلومة وإن تقدم أو تأخر فذلك بيسير لا يقع بسببه منازعة
عادة وقد تيقنا بأن العقد تناول ثمرة وفيما وراء ذلك شك فلا يثبت إلا بالمتيقن. حتى
إذا لم تخرج الثمر في تلك السنة انتقضت المعاملة لأن العقد لم يتناول إلا ذلك القدر
من المدة وكأنهما نصا على ذلك. بخلاف المزارعة فإن آخر المدة ثم مجهول لجهالة أولها
لأن ما يزرع في الخريف يدرك في آخر الربيع. وما يزرع في الربيع يدرك في آخر الصيف
وما يزرع في الصيف يدرك في آخر الخريف فلجهالة وقت ابتداء عمل المزارعة يصير وقت
انتهائه مجهولا. وهذه جهالة مفضية إلى المنازعة فلهذا لا يجوز العقد إلا ببيان المدة
ولو دفع إليه رطبة قد انتهى جدادها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن
ما رزق الله تعالى في ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا.

لأن لإدراك البذور وقتا معلوما عند المزارعين والبذر إنما يحصل بعمل العامل فاشتراط
المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها ولو دفع إليه غرسا قد علق في الأرض
ولم يبلغ الثمر معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه فما خرج فهو بينهما نصفان فهي
فاسدة إلا أن يبينا المدة لأن الشجر يتفاوت في ذلك بتفاوت الأراضي بالقوة والضعف
فإن بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وإن
لم يبينا مدة لم يجز ولو دفع إليه أصول رطبة على أن يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب
أصولها وينقطع نبتها على أن الخارج بينهما فهو فاسد وكذا النخل والشجر لأنه
ليس لانقطاعها نهاية معلومة عادة وجهالة المدة في المعاملة تفسد المعاملة وكذا
لو دفع إليه أصول رطبة نابتة في الأرض معاملة ولم يسم الوقت فهو فاسد لأن الرطبة
ليست لها غاية تنتهي إليها في نموها ولكنها تنمو ما تركت في الأرض بخلاف الثمار فإن لها غاية
تنتهي إليها فإذا تركت بعد ذلك تفسد ولو دفع نخلا وشجرا وكرما معاملة أشهرا
معلومة يعلم أنها لا تخرج ثمرة في تلك المدة تفسد المعاملة لأن المقصود بالمعاملة الشركة
في الخارج وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود فيكون مفسدا للعقد وإن اشترطا
مدة قد يبلغ الثمر في تلك المدة وقد يتأخر عنها جازت لأنا لا نعلم بفوات موجب العقد
بهذا الشرط وإنما يتوهم ذلك وهذا التوهم متحقق في كل معاملة ومزارعة بأن
يصطلم الزرع أو الثمار آفة سماوية فإن أخرج الثمر في تلك المدة فهو بينهما على ما شرطا
لصحة العقد وإن تأخر عن تلك المدة فللعامل أجر مثله لفساد العقد لأنه تبين أنهما
سميا مدة لا تخرج الثمار فيها ولو كان ذلك معلوما عند ابتداء العقد لكان العقد
فاسدا فكذا إذا تبين في الانتهاء بخلاف ما إذا لم تخرج أصلا لأنه إنما حدث من الآفة
لا يتبين أن الثمار لا تخرج في المدة المذكورة فلم يتبين المفسد فيقع العقد صحيحا
وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج فلم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء وتصح المساقاة
في النخل والكرم والشجر والرطاب وأصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله
لا تصح المعاملة إلا في النخيل والكروم لأن جوازها بالأثر وإنما ورد الأثر في النخيل
والكروم وهو ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر ولنا أن جوازها للحاجة
وهي تعم الكل وأهل خيبر يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولأن الأصل في النصوص
التعليل خصوصا على أصله فإنه يقول به ولا يشترط إقامة الدليل على أن هذا الأصل
معلول في الحال وعندنا وإن كان الأصل في النصوص التعليل ولا بد من إقامة الدليل
على أن هذا النص في الحال معلول فلا يستقيم عنه دعوى قصر حكم المعاملة إلا من عذر
وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر بخلاف ما لو دفع البذر والأرض
مزارعة لأن في إلقاء بذره في الأرض إتلاف ملكه فله أن لا يرضى به وهنا المحتاج
رب الكرم في إبقاء العقد إلى إتلاف شيء من ماله فيلزم العقد من الجانبين ولا ينفرد

واحد منهما

واحد منهما بفسخه إلا بعذر كسائر الإجارات فإن دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر
يزيد بالعمل جازت وإن كانت قد تمت لم تجز لأن الشركة بعقد المعاملة
إنما يصح فيما يحدث بعمل العامل أو يزداد بعمله ولا أثر للعمل بعد الإدراك
فلو جوزناه لكان استحقاقا بلا عمل فيكون خلاف موضوع المعاملة بخلاف
ما قبل التناهي لحاجته إلى العمل وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لأنه في معنى
الإجارة الفاسدة كالمزارعة إذا فسدت وتبطل المساقاة بالموت لأن رب
الأرض استأجر العامل ببعض الخارج ولو استأجره بدراهم تبطل الإجارة
بموت أحدهما أيهما مات فكذا إذا استأجره ببعض الخارج فإن مات رب الأرض
والخارج بسر انتقضت المعاملة قياسا وكان البسر بين ورثة رب الأرض
وبين العامل نصفين وفي الاستحسان لا تنتقض وللعامل أن يقوم عليه كما كان
يقوم حتى يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض لأن في انتقاض العقد
بموت رب الأرض إضرارا بالعامل وإبطالا لما كان مستحقا له بعقد المعاملة
وهو ترك الثمار في الأشجار إلى وقت الإدراك وإذا انتقض العقد تكلف الجداد
قبل الإدراك وفيه ضرر عليه ولما جاز نقض الإجارة لدفع الضرر لأن تجوز إبقاؤها
لدفع الضرر أولى فإن قال العامل أنا آخذ نصف البسر فله ذلك لأن إبقاء العقد
لدفع الضرر عنه فإذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد بموت رب الأرض إلا أنه لا يملك
إلحاق الضرر بورثة رب الأرض فيثبت الخيار لهم إن شاؤوا صرموا البسر فقسموا على الشرط
وإن شاؤوا أعطوه نصف قيمة البسر كله بينهم وإن شاؤوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ورجعوا
بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة وإن مات العامل فلورثته
أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض لأنهم قائمون مقامه وفيه نظر للجانبين
فإن قالت الورثة نحن نصرمه بسرا فلرب الأرض الخيارات الثلاث التي بينا آنفا
فلو ماتا فالخيار في القيام عليه أو تركه إلى ورثة العامل لقيامهم مقام العامل وقد كان
له في حياته هذا الخيار بعد موت رب الأرض فكذا يكون لورثته بعد موته
وليس هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق
مالي مستحق له وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا
عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا ولو لم يمت واحد منهما ولكن
انقضت مدة المعاملة والخارج بسر فهذا والأول سواء والخيار فيه إلى العامل فإن شاء
عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر فيكون بينهما على ما شرطا لأن في الأمر بالجداد قبل الإدراك
إضرارا بهما والضرر مدفوع وقد مر نظيره في الزرع إلا أن هناك العامل إذا اختار الترك
فعليه أجر مثل نصف الأرض لأن استئجار الأرض صحيح فإن من اشترى نخلا في أرض
ثم استأجر الأرض مدة معلومة جاز ولو استأجرها إلى وقت الإدراك وجب أجر المثل

أما الشجر فلا يجوز استيجاره حتى لو اشترى ثمارا على رؤس الأشجار بثمر استاجر الأشجار إلى
وقت الادراك لا يجب عليه أجر. وإذا ظهر هذا الفرق يبتني عليه فرق آخر وهو أن العمل
هنالك عليهما بحسب ملكيهما في الزرع لأن رب الأرض لما استوجب الأجر على العامل لا يستوجب
عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة. وههنا العمل على العامل في الكل لأنه لا يستوجب
رب النخل عليه أجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة
فيكون العمل كله على العامل إلى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة. وتفسخ بالعذر كالمزارعة
لما مر في الاجارات وقد مر وجوه العذر فيها. ومن جملتها أن يكون العامل سارقا معروفا
بالسرقة يخاف منه سرقة الثمر والسعف قبل الادراك لأنه يلزم رب الأرض ضررا لم يلتزمه
فتفسخ به. ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في الزام استيجار الأجراء الحاق
ضرر به لم يلتزمه بعقد المعاملة. وإذا كان عليه في ابقاء العقد ضرر فوق ما التزمه
يصير ذلك عذرا له في فسخ المعاملة ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا.
فيه روايتان وتأويل احديهما أن يكون شرط العمل بيده فيكون عذرا من جهته لأنه تعذر
عليه استيفاء المعقود عليه. وإذا دفع رجل إلى رجل أرضا بيضاء سنين مسماة على أن
يغرسها نخلا وشجرا وكرما على أن ما أخرج الله تعالى من نخيل أو شجر أو كرم فهو
بينهما نصفان وعلى أن الأرض بينهما نصفان فهذا كله فاسد لاشتراطهما الشركة
فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الأرض. وإن غرسها فأخرجت ثمرا فجميع
الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل. لأنه استأجر
ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذي يظهر بعمله
وبآلاته فيكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون فاسدا. ثم الغراس عين
مال قائم كانت للعامل وقد تعذر رده عليه للاتصال بالأرض فيلزمه قيمتها
مع أجر مثل عمله فيما عمل. لأنه ابتغى عن عمله عوضا ولم يسلم له ذلك فيستوجب أجر المثل
ولأنه يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الأرض والغراس مجهولة فلا يجوز والوجه
الأول أصح. وإن تزوج امرأة على أن تزرع المرأة أرضه بالنصف ببذرها أو على أن يعمل
الزوج في أرضها ببذرها أو على فعلها في نخله أو بذره وفعله في أرضها أو فعلها
في أرضه وبذره يجب مهر المثل. فهذه ست مسائل في ثلاث اتفاق وفي ثلاث
اختلاف. أربع منها في المزارعة واثنان في المعاملة. أما الأول فالنكاح جائز والمزارعة
فاسدة لاشتراط أحد العقدين في الآخر. لكن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة والمزارعة
تبطل بها. ثم على قول محمد رحمه الله التسمية فاسدة ولها مهر مثلها. لأن الزوج بذل
منفعة الأرض بمقابلة نصف الخارج ومنفعة بضعها فتتوزع منفعة الأرض عليهما باعتبار
القيمة كما هو قضية المعاملة ونصف الخارج مجهول أصلا وقدرا فإنه لا يدري هل
يخرج وكم يخرج وكان ما يقابل البضع من منفعة الأرض مجهولا أيضا جهالة فاحشة

ومثل هذه

ومثل هذه الجهالة تمنع صحة التسمية فيجب لها مهر مثلها. كما لو تزوجها على ثوب. وعند
أبي يوسف رحمه الله التسمية صحيحة وصداقها مثل أجر نصف الأرض. لأن الانقسام بين
البضع ونصف الخارج باعتبار التسمية لا باعتبار القيمة لأنه لا يمكن القسمة باعتبار قيمتها
لجهالة أحدهما فتتوزع نصفين. لأن الشيء متى قوبل بمعلوم ومجهول انقسم عليهما نصفين
لوجود الاضافة إليهما على السواء. كما لو أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء كان لفلان
نصف الثلث فههنا أيضا يكون الصداق منفعة نصف الأرض فالمنفعة مال متقوم في
حكم الصداق فتصح التسمية ويلزمه تسليم نصف منفعة الأرض وقد عجز عن ذلك لفساد
المزارعة فيكون أجر مثل نصف الأرض. فإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف المسمى
وهو ربع أجر مثل الأرض عند أبي يوسف رحمه الله. وعند محمد رحمه الله لها المتعة
لفساد التسمية. فإن زرعت المرأة الأرض زرعا فأخرجت شيئا أو لم تخرج فكل الخارج
لها لأنه نماء بذرها. فإن تزوجها على أن دفعت إليه كرما معاملة بالنصف فالمسألة على
الخلاف. لأن الزوج التزم العمل بمقابلة بضعها ونصف الخارج. ولو تزوجها على أن يعمل
في أرضها ببذرها مزارعة بالنصف فالمسألة على الخلاف. لأنها شرطت عمل الزوج بمقابلة
بضعها ونصف الخارج. وأجمعوا على مهر المثل إذا كان الفعل منها في نخيله أو كان
فعله وبذره في أرضها أو كان فعلها في أرضه وبذره. لأن الزوج شرط لها نصف
الخارج بمقابلة بضعها أو عملها في الأول والثالث وشرط لها نصف الخارج بمقابلة بضعها
ومنفعة الأرض في الثاني ونصف الخارج مجهول جهالة فاحشة فلم تصح تسميته فكان لها
مهر مثلها بالغا ما بلغ. والحاصل أنه متى كان المشروط بمقابلة البضع بعض الخارج
فالتسمية فاسدة عندهم. ومتى كان المشروط منفعة الأرض أو منفعة العامل بمقابلة
البضع ففي صحة التسمية اختلاف كما بينا والله أعلم.

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح. والذبح لمصدر ذبح إذا قطع الأوداج. والذكاة
الذبائح اسم من ذكى الذبيحة تذكية إذا ذبحها. وهي شرط لحل الذبيحة لقوله
تعالى إلا ما ذكيتم. وحكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله. ولأن بالذكاة يتميز الدم
النجس من اللحم الطاهر. فهي كما توجب حل الذبيحة توجب طهارتها. وإن لم يكن
مأكول اللحم لأنها تنبي عن الطهارة. قال عليه السلام ذكاة الأرض يبسها أي
طهارتها. وهي على نوعين اختيارية حالة القدرة فتعتبر في محل مخصوص. وهو ما
بين اللبة واللحيين. واضطرارية حال عدم القدرة وهو الجرح في أي موضع كان
من البدن والثاني كالبدل عن الأول لقصوره عنه في المعنى المطلوب من الذكاة
وهو انهار الدم ولهذا يتوقف المصير إلى الثاني على تعذر المصير إلى الأول. وهذه أمارة
البدلية. وشرطها أن يكون الذابح على ملة التوحيد اعتقادا أو دعوى وأن يكون
حلالا خارج الحرم في حق الصيد. فتحل ذبيحة المسلم لأنه على ملة التوحيد اعتقادا.

والكتابي يدعي التوحيد. والاصل فيه قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم والمراد به طعام تلحقه الذكاة من جهتهم. لانه خص اهل الكتاب بالذكر. وفيما لا تلحقه الذكاة يستوي الكتابي والمجوسي كالسمك وغيره. ويدخل فيه الكتابي الحربي والذمي والعربي والتغلبي لاطلاق النص والمتولد من الكتابي وغير الكتابي يحل صيده وذبيحته. لان الولد يتبع خير الابوين دينا وقد مر في النكاح. وعند الشافعي رحمه الله لا يحل تغليبا للمحرم على المبيح. وتحل اذا كان يعقل التسمية. اي يعلم ان حل الذبيحة يتعلق بها والذبيحة اي شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه ويضبط. اي يقدر على فري الاوداج ويحسن القيام به. وان كان صبيا او مجنونا او امراة او اخرس او اقلف. اما اذا كان لا يعقل التسمية والذبيحة ولا يضبط لا تحل. لان التسمية على الذبيحة شرط لما ناتي بعد وذا بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا. ولا توكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام في المجوس سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا اكلي ذبائحهم. ولانه مشرك لا يدعي ملة التوحيد اعتقادا ولا دعوى والوثني لانه لا يعتقد الملة والمرتد لانه لا ملة له. لانه ترك ما كان عليه وما انتقل اليه لا يقر عليه. بخلاف الكتابي اذا تحول الى دين غيره يقر عليه عندنا على ما اعتقده فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا قبله. حتى لو تمجس يهودي او نصراني لم يحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان مجوسيا في الاصل. فان تهود مجوسي او تنصر يوكل صيده وذبيحته كما لو كان عليه في الاصل. ولا يحل ما ذبحه المحرم من الصيد سواء ذبحه في الحل او في الحرم لان قتله الصيد حرام لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم. والذكوة فعل مشروع فلم يكن ذكاة. وكذا لا يحل ما ذبح في الحرم من الصيد سواء كان الذابح حلالا او حراما لقوله عليه السلام لا ينفر صيدها والذبح اقوى من التنفير فكان اولى بالتحريم. وهذا بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع. اذ الحرم لا يومن الشاة وكذا ذبحها لا يحرم على المحرم. وهذا لان الاصل حل الذبح والحرمة تثبت بالنص وهو مخصوص بالصيد فلا يتعداه. ولا تحل ذبيحة تارك التسمية عمدا. وان تركها ناسيا تحل. وقال الشافعي رحمه الله تحل في الوجهين. وقال مالك رحمه الله لا تحل في الوجهين. والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء. وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عمدا عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي. وقول الشافعي رحمه الله مخالف للاجماع فان كل من كان قبله اجمعوا على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا وانما اختلفوا فيما اذا تركها ناسيا. فعلي وابن عباس رضي الله عنهما يفصلان بين الناسي والعامد كما هو مذهبنا. وابن عمر رضي الله عنهما يحرمهما. ولهذا قال

ابو يوسف رحمه الله والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عمدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى قاض بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه. لانه مخالف للاجماع وكفى باجماعهم حجة عليه. له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم رواه البراء ابن عازب وابو هريرة رضي الله عنهما. ولان التسمية ليست بشرط للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة وكالشهادة في النكاح وكقطع الحلقوم والاوداج. ولئن كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي. واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم حين سئل عمن ذبح فترك التسمية ناسيا. فقال كلوا فان تسمية الله في قلب كل امرئ مسلم. ولنا قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه. ومطلق النهي يقتضي التحريم. وقوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل. وان شارك كلبك كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك. فعلل الحرمة بانه لم يسم على كلب غيره. فهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه. وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله اذ لا فصل فيه. فتقييد الحرمة بحالة العمد زيادة على النص فتجري مجرى النسخ ولكنا نقول في اعتبار ذلك حرج عظيم اذ الانسان مجبول على النسيان وهو مدفوع بالنص. والدليل السمعي غير مجرى على ظاهره. لان ذبيحة الناسي مختلفة في الصدر الاول. ولم يجر الاحتجاج بينهم بظاهر النص. ولو اريد به ظاهره لجرت المحاجة بينهم وظهر الانقياد من المخالفين فانه يرتفع الخلاف بينهم. فان قيل الناسي مخصوص من النص فيختص العامد بالقياس. قلنا الناسي ليس بمخصوص منه. لانه ذاكر تقديرا لقيام الملة مقام الذكر. فان قيل فلتقم الملة مقام الذكر في حق العامد ايضا. قلنا اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذور ومستحق للنظر والتخفيف لا يدل على اقامتها مقامه في حق العامد وهو غير معذور فيه. لان الناسي لا يخلو من ان يكون مرادا منه او لم يكن. فان كان مرادا الا يكون مخصوصا. وحينئذ تلزم ارادة العامد صونا للنص عن التعطيل. فان قيل النص محتمل ولا يدرى انه اريد حالة الذبح او حالة الطبخ او حالة الاكل والاحتجاج بالمحتمل لا يصح. قلنا اجمع السلف على ان المراد به الذبح لا سائر الاحوال فلا يكون محتملا. ثم التسمية في ذكوة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح. وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الالة. لان التكليف بحسب الوسع والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة. فتشترط عند فعل يقدر عليه. حتى اذا اضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح شاة اخرى وترك التسمية عليها لا تحل. ولو رمى سهما الى الصيد اخر او اخذ سكينا وسمى ثم تركه واخذ سكينا اخر او ارسل كلبه الى الصيد وسمى فترك الكلب ذلك الصيد واخذ غيره حل. ولو ذبح تلك الشاة ثم ذبح اخرى بعدها

وظن أن تلك التسمية تكفيه لا يحل، ولو سمّى على سهم ثم رمى بغيره صيدًا لا يؤكل
ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيئًا غيره كقوله عند الذبح اللهم تقبل من
فلان، ولا بأس به قبل التسمية وقبل أن يضجع الشاة للذبح، وهذا على ثلاثة أوجه
أحدها أن يذكر موصولًا لا معطوفًا فيكره ولا تحرم الذبيحة، نحو أن يقول
بسم الله محمد رسول الله أو يقول اللهم تقبل من فلان، لأن الشركة لم توجد فلم تكن
الذبح واقعًا له لكنه يكره لوجود الوصل صورة فالقران ظاهرًا وذلك متصوّر
بصورة الحرام فيكره. وثانيها أن يذكر موصولًا على سبيل العطف والشركة نحو أن
يقول بسم الله واسم فلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله بجرّ محمد فتحرم الذبيحة لأنه
أهلّ به لغير الله وقد قال تعالى وما أهل به لغير الله، وقال عليه السلام موطنان
لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح. وثالثها أن يقول مفصولًا عنه صورة
ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به
لأنه عليه السلام كان يقول بعد الذبح اللهم تقبل هذا من أمة محمد ممن شهد
لك بالوحدانية ولي بالبلاغ، والشرط هو الذكر الخالص المجرد لقول ابن مسعود
رضي الله عنه جرّدوا التسمية عند الذبح، فلو قال عند الذبح اللهم اغفر لي
لا يحل لأنه سؤال ودعاء، ولو قال الحمد لله أو سبحان الله أو الله أكبر يريد به
التسمية حلّ، لأن الشرط ذكر الله تعالى على سبيل التعظيم وقد حصل، ولو عطس فقال
الحمد لله يريد به التحميد على العطاس وذبح لم تحل في الأصح، لأن المأمور به ذكر الله تعالى
على سبيل التعظيم وقد حصل على الذبح وهو يريد الحمد على نعمة دون التسمية وما تداولته
الألسنة عند الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر فمنقول عن ابن عباس رضي الله عنهما
في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صوافّ، والذبح بين الحلق واللبة، وفي الجامع الصغير
لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفله وأوسطه وأعلاه، والأصل فيه قوله عليه السلام
الذكاة ما بين اللبة واللحيين وما بينهما هو الحلق كله، ولأن المقصود إخراج الدم المسفوح
من المذبوح وأتم منه ما يكون بالقطع في هذا المحل لأنه مجمع العروق والمجرى
فصار حكم الكل واحد، والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان
لقوله عليه السلام افر الأوداج بما شئت وهي عروق الحلق في الذبح فيتناول الكل
لأن هذه العروق معهودة فانصرف إليها لأن الحمل على الجنس متعذر بصرفه إلى المعهود
وقيل هي جمع فينصرف إلى الثلاث فيتناول الودجين والمريء بطريق التغليب ويلزم
من ذلك الأمر بقطع الحلقوم اقتضاء لتعذر قطع هذه الثلاث بدون قطعه والثابت
اقتضاء كالثابت نصًا، وظاهره حجة على الشافعي رحمه الله حيث يقول بقطع الحلقوم
والمريء يحل وإن لم يقطع الودجين لأنه لا يحيى بعد قطع الحلقوم والمريء، ولمالك
حيث يقول بشرط قطع الكل، وعندنا إن قطعها حل، وإن قطع الثلاث منها أي ثلاث

كان

كان عند أبي حنيفة يحل وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولًا، وعنه أنه يشترط قطع الحلقوم
والمريء وإحدى الودجين، وعن محمد رحمه الله أنه لا بد من قطع أكثر كل واحد من
هذه الأربعة، وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله، لأن كل واحد أصل بنفسه لورود
الأمر بقطعه فيعتبر أكثر كل واحد منها لتعذر اعتبار الكل من كل منهما، ولهما أن الأربعة
لم تتعلق بقطع هذه الأربعة لعينها لتجب قطع الكل بل لغيرها وهي إسالة الدماء المسفوحة
على سبيل السرعة وهذا المعنى يحصل بقطع الأكثر فوجب أن يقوم مقام الكل كما قام
في كثير من الأحكام تفاديًا عن زيادة التعذيب، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول أي الثلاث
قطع يحصل هذا المعنى فلا حاجة إلى اشتراط غيره، وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله، وفي
رواية وشرط الحلقوم في رواية لأنه أعظم فكان أصلًا فلا بد منه، والحلقوم والمريء
وأحد الودجين في رواية لأنه أعظم فكان أصلًا فلا بد منه لأن الحلقوم مجرى النفس والمريء
مجرى الطعام والماء فلا ينوب أحدهما عن الآخر والودجان مجرى الدماء فينوب أحدهما
مناب الآخر، وفي الجامع الصغير إذا قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج والمريء لا يحل
لأن الحل متعلق بقطع الكل أو الأكثر، وليس للنصف حكم الكل في موضع الاحتياط
وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافًا، وقد
بيّنا الخلاف وإنما حكم ببقاء الأكثر صاحب الهداية رحمه الله حيث قال لأن الأكثر
باقٍ فكأنه لم يقطع شيئًا احتياطًا لجانب الحرمة، لأنه لما كان الرجحان لجانب التحريم
كان للنصف الباقي حكم الأكثر، ويجوز الذبح بالظفر والقرن والعظم والسن إذا
كان منزوعًا حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح، وقال الشافعي
رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا
الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة، ولأن الذكاة فعل مشروع وهذا غير مشروع
فلا يكون ذكوة كما لو ذبح بغير المنزوع، ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت
وكل، والمراد بما روى غير المنزوع فإن الحبشة يستعملون في ذلك سنهم وظفرهم
قبل النزع، ولأن النزع آلة محددة يحصل بها تسييل الدم النجس فصار كالحجر والحديد
بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة، وإنما يكره لأن
آلة الذبح غير الذابح وظفره وسنه منه، ولأن فيه زيادة تعذيب على الحيوان وقد
أمرنا بالإحسان في الذبح قال عليه السلام وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، ويجوز
الذبح بالليطة والمروة وبكل شيء أنهر الدم وأفرى الأوداج إلا السن والظفر القائمين
فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا، وقد نص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على أنها ميتة
لأنه وجد فيه نصًا وما لم يجد فيه نصًا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة
يكره أو لم يؤكل، ويستحب أن يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام إن الله كتب
الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة

وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته. ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة. لانه عليه
السلام رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات
هلا حددتها قبل ان تضجعها. وكره النخع وهو ان يبلغ بالسكين النخاع. ويؤكل
ذبيحته. والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة لانه عليه السلام نهى عن نخع الشاة
اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا. وقيل ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل
ان يكسر عنقه قبل ان يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لانه تعذيب
للحيوان بلا ضرورة وقد نهينا عنه. وكره قطع الرأس لان فيه زيادة تعذيب
والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكاة مكروه. ويكره ان يجر ما
يريد ذبحه برجله الى المذبح وان ينخع قبل ان يبرد اي يسكن من الاضطراب
وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ. ثم الكراهة في هذه الصورة بمعنى زيادة الالم
قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم. فان ذبح من قفاه فبقيت حية حتى قطع
اكثر العروق حل لتمام فعل الذكاة. ويكره لما فيه من زيادة التعذيب بلا
ضرورة فصار كما لو جرحها ثم قطع الاوداج. وان ماتت قبل قطع اكثر العروق
لا تحل لانه مات بذكاة الاضطرار وهو قادر على ذكاة الاختيار. وما استانس
من الصيد فذكاته الذبح لانه قدر على ذكاة الاختيار فلا تحل بذكاة الاضطرار
لانها لا تزيل كل الدم وانما يصار اليها عند العجز عن ذكاة الاختيار وقد فات العجز.
وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لانه لم يقدر الا على ذكاة الاضطرار
وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا. وقال
مالك رحمه الله لا تحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ولا عبرة للنادر
في الاحكام. ولنا انه حيوان وقع العجز عن تحليله بالذكاة الاختيارية فيحل بالذكاة
الاضطرارية كالوحشي. قوله ان التوحش نادر قلنا اذا وقع فلا بد من اعتباره
كيف وقد قال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا غلبكم منها شيء فافعلوا
به هكذا قاله في بعير ند فرماه رجل بسهم وسمى فقتله. وعن محمد رحمه الله ان الشاة
اذا ندت خارج المصر تحل بالعقر وان ندت في المصر لا تحل بالعقر لانه يمكن اخذها
في المصر عادة فلم يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار. ويخاف فوتها خارج المصر فللعجز
عن ذكاة الاختيار يكتفى فيها بذكاة الاضطرار. والمصر وغيره سواء في البقر والبعير
لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما فان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال
كالند اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل اكله
وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم لانه عليه السلام نحر الابل وذبح البقر. وقد
قال تعالى فصل لربك وانحر اي انحر الجزور. وقال تعالى ان الله يأمركم ان
تذبحوا بقرة. وقال وفديناه بذبح عظيم وهو الكبش. ولان موضع النحر من البعير

لا لحم عليه

لا لحم عليه وما سوى ذلك من الحلق عليه لحم غليظ وعروقها تجتمع في المنحر فكان النحر
في الابل اسهل. فاما في البقر والغنم فالذبح ايسر لاجتماع العروق في المذبح. وكره
عكسه. اي لو ذبح الابل ونحر البقر والغنم كره وحل. وقال مالك رحمه الله
لا تحل لمخالفة المشروع فصار كالجرح في محل الذبح. ولنا ان المقصود تسييل الدم
وهو حاصل. وقد قال عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وانما كره لمخالفة
السنة. ولا يتذكى الجنين بذكاة امه. حتى لو نحر ناقة او ذبح بقرة فخرج من بطنها
جنين ميت لم يؤكل الجنين عند ابي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله اشعر
او لم يشعر. وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله اذا تم خلقه يؤكل
لقوله عليه ذكاة الجنين ذكاة امه. اي ذكاة الام نائبة عن ذكاة الجنين. لان مثل
هذا الكلام يذكر لبيان ان الاول يعمل عمل الثاني ويقوم مقامه لقوله عليه السلام
علم الرجل خليله وعقله دينه. اي علمه يعمل عمل خليله ويقوم مقامه. وعقله يعمل
عمل دينه ويقوم مقامه كقول الشاعر في صفة قلم الممدوح. لعابه الافاعي القاتلات — لعابه
اي لعاب قلمه يعمل عمل لعاب الافاعي في ايصال المكاره باعاديه ولم يرد الاول ههنا
اجماعا فان ذكاة الجنين لا يعمل عمل ذكاة الام ولا يقوم مقامها اجماعا فتعين
ارادة الثاني اي ذكاة الثاني الام يعمل عمل ذكاة الجنين وينوب منابها في افادة الحل
والجواب لابي حنيفة رحمه الله عن هذا التمسك ان هذا يستقيم ان لو انحصر المراد في هذين
المعنيين وليس كذلك. فانه قد يذكر مثل هذا الكلام لتشبيه الاول بالثاني. ولان
الجنين جزء الام حقيقة حتى يتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وينمو بنمائها وينقطع عنها
بالمقراض كما يقطع الجزء من الجملة وحكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق بعتقها
ولا يصح استثناؤه في بيعها وعتقها كاستثناء يدها ورجلها. واذا كان جزءا اعتبر الذبح
في الاصل دون ما فيه لان الذبح مبناه على الوسع والامكان. حتى يكون في الاهلي بالذبح في المذبح
واذا ند فبالجرح في اي موضع كان. والذي في وسعه في الام لانه ما دام مجتنا لا يتأتى فيه
فعل الذبح مقصودا وبعد الاخراج لا يبقى حيا. ولابي حنيفة رحمه الله انه اصل في الحيوة
حتى ينفصل حيا ولا يتوهم بقاء الجزء حيا بعد الانفصال وكذا بعد موت الام ينفصل
الجنين حيا ولا يتوهم بقاء حياة الجزء بعد موت الاصل والذكاة تصرف في الحيوة فاذا
كان اصلا في حكم الحيوة يشترط فيه ذكاة على حدة الا ترى انه لما جعل تبعا في العتق لم
يتصور انفصاله رقيقا بعد عتق الام. وههنا لما تصور انفصاله حيا بعد موت الام تبين
انه ليس تبعا فيها ولهذا انفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية
له وبه وهذه احكام النفوس لا الاجزاء. والذبح انما شرع لانهار الدم والفصل بين الرطوبات
السائلة النجسة واللحم الطاهر وبذبح الام لا يحصل هذا المقصود لانه ليس بسبب لخروج
الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف ما اذا رمى الى صيد فادماه حيث يحل تناوله.

وإن لم تحصل ميز بين الطاهر والنجس على التمام لأن أصل الجرح قد وجد وهي في الجملة
سبب لانفصال كل الرطوبات فأقيم السبب مقام المسبب عند العجز وهنا أصل
السبب لم يوجد ولئن قلنا لما اكتفي بأصل الجرح الذي هو سبب تسييل الرطوبات
النجسة للعجز وجب أن يسقط اعتباره أصلاً فهو باطل لأن أصل الجرح لا
يسقط بالعجز كما لو قتل الكلب الصيد غمًّا والمراد بالحديث التشبيه لا النيابة
أي ذكاة الجنين كذكاة أمه كقوله وعيناك عيناها وجيدك جيدها ولو كان
المراد به ما قالوا لقال ذكاة الأم ذكاة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الأمير
وإنما يدخل في البيع تحريًا للجواز كيلا يفسد باستثنائه وإنما يعتق بإعتاقها
كيلا ينفصل من الحر ولده رقيق

فصل فيما يحل أكله وفيما لا يحل

ولا يجوز أكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لأن النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطيور وقوله من السباع
ذكر عقيب النوعين فانصرف إليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب
أو ناب فالحمامة لها مخلب والبعير له ناب والبقر كذلك وقالوا المراد بالناب
والمخلب ما هو سلاح منهما بأن يصيد بهما والسبع كل مختطف منتهب قاتل عاد عادة
فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب
والسنور البري والأهلي وذو المخلب من الطيور الصقر والبازي والنسر والعقاب
والشاهين والمؤثر في الحرمة الإيذاء وهو طورًا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب
أو الخبث وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما
في الجلالة ومعنى التحريم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الصفات الذميمة
إليهم بالأكل وكرهوا لحم الفيل لأنه ذو ناب واليربوع وابن عرس لأنهما من سباع
الهوام والرخم والبغاث لأنهما يأكلان الجيف ولا يجوز أكل لحم الحمر الأهلية
والبغال وكان بشر المريسي ومالك رحمهما الله يبيحان الحمار الأهلي لحديث غالب
ابن الحر فإنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي إلا حميرات فقال عليه السلام
كل من سمين مالك واعتبراه بالحمار الوحشي وكل حيوان وحشيه مأكول فأهليه
مأكول كالإبل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولنا أنه عليه السلام نهى
عن لحوم الخيل والبغال والحمير رواه خالد بن الوليد رضي الله عنه ولما بلغ عليًّا رضي الله
فتوى ابن عباس رضي الله عنهما بإباحة المتعة فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن متعة النساء وعن الحمر الأهلية والمحرم والمبيح إذا تعارضا فالمحرم أولى للأمر ومعنى
قوله كل من سمين مالك أي بعه واستنفق ثمنه يقال فلان أكل عقاره ويحل غراب
الزرع لأنه يلتقط الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الذي يأكل الجيف الأنفع
والعداف لأنهما من الخبائث لتناولهما الجيف ولا بأس بأكل العقعق فقد قال

ابو يوسف

أبو يوسف سألت أبا حنيفة رحمه الله عن العقعق فقال لا بأس به فقلت إنه يأكل
الجيف فقال إنه يخلط بشيء آخر فثبت من أصله أن ما يخلط لا بأس بأكله كالدجاج
وقال أبو يوسف رحمه الله يكره أكله لأن غالب أكله الجيف ويكره أكل الضبع
والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها وقال الشافعي رحمه الله يؤكل
الضبع والضب لقوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي إلي محرمًا على طاعم يطعمه الآية
ولنا ما روينا والضبع والثعلب من السباع على ما فسرناه وأما الضب فلما روي
عن عائشة رضي الله عنها أنها أهدي لها ضب فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن أكله فكرهه فجاء سائل فأرادت أن تطعمه إياه فقال أتطعمين ما لا تأكلين
والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من جانب الحشرات وقد قال تعالى ويحرم عليهم الخبائث
الله ويكره لحم الخيل عند أبي حنيفة ومالك رحمهما الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم
لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر
عن أكل لحوم الحمر الأهلية وأذن في الخيل ولأن سؤره طاهر على الإطلاق وبوله كبول
ما يؤكل لحمه فدل أنه مأكول كالأنعام وله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير
لتركبوها وزينة الآية سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الأكل
ولو كان لكان الأولى بيان منفعة الأكل لأنه أعظم وجوه المنافع لأن فيه بقاء النفوس
ولا يليق بحكم الحكيم العدول عن بيان أعظم المنافع إلى بيان الأدنى عند إظهار المنة
وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما فإن قيل إنما لم يذكر لأنه
يفهم الأعلى بذكر الأدنى بالطريق الأولى قلنا ذاك إنما يصح إذا كان البيان بطريق الكفاية
وما نحن بصدده من قبيل بيان النهاية ألا ترى إلى قوله تعالى فيما سبق والأنعام خلقها
لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ثم عطف عليه والخيل والبغال والحمير ولو
كان المراد ما ذكر ثم لاكتفى بقوله والخيل والبغال والحمير من غير ذكر شيء آخر من المنافع
فلما قال لتركبوها ثبت أن الحكم في المعطوف عليه غير الحكم في المعطوف ولأن البغل
حرام وإن ولدته رمكة ولو حلت الرمكة يحل ولدها كولد الشاة إلا أن حبلت من ذئب
ولأن الأتان البرية من الحمار الأهلي لا تحل لأنه آلة إرهاب العدو فيكره أكله احترامًا له
ولهذا يضرب له سهم من الغنيمة وما روينا من حديث خالد رضي الله عنه معارض
بحديث جابر رضي الله والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تنزيه
لأن كراهته لمعنى الكرامة كيلا يحصل بإباحته تعطيل آلة الجهاد ولهذا كان
سؤره طاهرًا في ظاهر الرواية وهو الصحيح كذا ذكر فخر الإسلام وأبو المعين رحمهما الله
في جامعيهما وقيل كراهة تحريم وحكي عن عبد الرحيم الكرميني رحمه الله أنه قال
كنت مترددًا في هذه المسألة فرأيت أبا حنيفة رحمه الله في المنام يقول كراهة تحريم يا
عبد الرحيم وإليه مال صاحب الحصر والهداية رحمهما الله وروى الحسن عن أبي حنيفة

الكراهة في سؤره كما في لبنه وقيل لا بأس بلبنه لانه ليس في شيء به تقليل آلة الجهاد
ولا بأس بأكل الارنب لان اعرابيا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم ارنبا مشويا
فقال لاصحابه كلوا ولانه ليس من السباع ولا من آكلة الجيف فصار كالظبي واذا ذبح
ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير فان الذكوة لا تعمل في الآدمي
لحرمته وكرامته وفي الخنزير لخبثه ونجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي
رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان الذكاة تؤثر في حل اللحم قصدا وفي
طهارة اللحم والجلد تبعا وفوات الاصل يدل على فوات التبع فصار كذبح المجوسي
ولنا ان الذكوة مؤثرة في ازالة الرطوبات النجسة فاذا زالت طهر كما في
الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وذبح المجوسي اماتة فلا بد من
الذبح كما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده عندنا ثم
قيل لا يجوز الانتفاع به في غير الاكل اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه
ودك الميتة والزيت غالب فانه لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل ولا يؤكل من حيوان
الماء الا السمك وقال مالك والشافعي وجماعة رحمهم الله يؤكل جميع حيوان البحر واستثنى
بعضهم الكلب والخنزير والانسان والخلاف في البيع والاكل واحد لهم قوله تعالى
احل لكم صيد البحر وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولم يفصل
بين صيد وصيد وميتة وميتة ولان المحرم هو الدم ولا دم في هذه الحيوانات اذ لو كان
لها دم لانطفت بدوام السكون في الماء فصار كالسمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث والخبيث ما يستخبثه الطبع السليم وما سوى السمك يستخبثه الطبع فيحرم
لظاهر النص وقوله تعالى او لحم خنزير ولم يفصل بين البري منه والبحري وقد
نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع السرطان وعن اكل الضفدع وما تلوا ورووا
محمول على السمك ولا يؤكل السمك الطافي وقال مالك والشافعي لا بأس به لقوله
تعالى احل لكم صيد البحر وطعامه قيل الطعام من السمك ما يوجد فيه ميتا وقوله
عليه السلام والحل ميتته وقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان
فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ولنا حديث خاص عن جابر عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال في السمك ما لفظه البحر ما لفظه البحر فكلوه وما نضب عنه
الماء فكلوه وما طفا على الماء فلا تأكلوه وعن علي وابن عباس وابن عمر وابي هريرة
رضي الله عنهم مثل مذهبنا وانه باب لا يعرف قياسا فثبت انهم قالوه سماعا والمراد بطعام
البحر المالح المقدد منه وبميتته ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه بلا
آفة ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك
رحمه الله لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه او يضربه لانه صيد البر ولنا ما تلونا
وروينا عن علي رضي الله عنه ذكاة السمك والجراد اخذه اي يثبت الحل بالاخذ من
غير الذكوة

غير الذكوة وسئل عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيه الميت وغيره فقال كله
كله وفي رواية كله كله وهذا معدود في فصاحته ولان موته لا بد من ان يكون
بسبب فانه بحري الاصل بري المعاش كما قيل ان بيض السمك اذا انحسر عنه الماء يصير
مطلب جرادا فاذا مات في البر فقد مات في غير موضع اصله واذا مات في الماء فقد مات في
غير موضع معاشه وذلك سبب لموته وروي ان مريم عليها السلام سألت لحما
هنيئا فرزقت الجراد وعمر رضي الله عنه كان مولعا بالجراد والاصل في السمك عندنا
ان ما مات منه بسبب فهو حلال كالمأخوذ منه وما مات منه بغير سبب لا يحل
كالطافي فان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ما ابين منه وما بقي لان موته بسبب
وما ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال بالحديث وكذا ان وجد في بطنها
سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شيء من الطير او غيره
وكذا ان مات في جب ماء او جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر
على اخذها بغير صيد فمتن فيها او اكل شيئا القاه في الماء ليأكله فماتت منه
او ربطها في الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت تؤكل وان ماتت
بحر الماء وبرده تؤكل في رواية لوجود السبب لموتها وفي رواية اخرى لا تؤكل
لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا ذبح شاة او بقرة فتحركت بعد الذبح
او خرج منها دم تحل وان لم تتحرك ولم يخرج الدم لا تحل وهذا اذا لم يدر حيوتها
وقت الذبح فان علم حل وان لم تتحرك ولم يخرج الدم كالمجروح اي لو ذبح المنخنقة
او الموقوذة او المتردية او النطيحة او التي بقر الذئب بطنها وبها حياة حل في ظاهر
المذهب لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولا تفصيل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
رحمه الله انما تحل اذا كانت بحال تعيش يوما لولا الذكاة لانه اذا كان بحال يموت
سريعا لا يدرى انه مات بذبحه او بما اصابه فدخل الشك في الحل وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا كان بحال يعيش اكثر اليوم لولا الذكوة يؤكل والا لا لاقامة
ع الاكثر مقام الكل وعن محمد رحمه الله انه اذا بقي فيه من الحيوة فوق ما بقي من حياة المذبوح
او ذاجه يحل والا لا

كتاب الاضحية

هي ما يضحى
بها اي يذبح وجمعها الاضاحي ويقال ضحية وضحايا واضحى وبه سمي يوم الاضحى
اعلم ان القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق
الاتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف
ثم بالتصدق باللحم وهو تمليك وهي واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر يوم الاضحى
عند ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وابي يوسف رحمهم الله في رواية وعن
ابي يوسف رحمه الله في الجوامع انه سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي في
مختصره انها عند ابي حنيفة واجبة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهم الله سنة مؤكدة

وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف والاصح انها واجبة عند اصحابنا • للشافعي قوله
عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا ياخذ من شعره واظفاره شيئا • والتعليق
بالارادة ينافي الوجوب • وقوله عليه السلام ثلاث كتبت علي ولم تكتب عليكم
الوتر والاضحية وصلوة الضحى • وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابرهيم عليه السلام
ولانها لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم كالعتيرة • وهذا لانه لا فرق بين المسافر
والمقيم في العبادات المالية كالزكوة وصدقة الفطر لانهما يستويان في ملك المال
وانما يفترقان في البدني • فالمسافر تلحقه المشقة في الاداء بالبدن • ولنا قوله عليه
السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا • ومثل هذا الوعيد لا يكون
الا بترك الواجب • وقوله عليه السلام ضحوا دليلنا لانه امر فيفيد الوجوب • وقوله
فانها سنة ابيكم لا ينافي الوجوب • لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت
او غير واجبة وهي غير مكتوبة بل هي واجبة • فالمكتوبة ما يكون فرضا يكفر جاحده
وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخصوصا بكون الاضحية مكتوبة عليه • ولان
هذه قربة يضاف اليها وقتها • فيقال يوم الاضحى فيكون واجبة فيه كالجمعة وهذا
لان الاضافة تدل على الاختصاص وذا بالوجود فيه وانما يوجد ظاهرا اذا كانت واجبة
لان الوجوب يفضي الى الوجود بالنظر الى جنس المكلفين لجواز ان يجتمعوا على ترك
ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب • ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه
فالصوم يجوز في ساير الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان • وانما لا تجب على المسافر
لان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر في استصحابها ويفوت بمضي الوقت فلدفع
المشقة لا يلزمه كالجمعة • بخلاف ساير العبادات المالية • وجاز ان يكون المراد بالارادة
فيما روى القصد الذي هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا • وهذا الانبات في
الوجوب والعتيرة منسوخة بالاجماع وهي ذبيحة تذبح في رجب كانت في صدر
الاسلام • ولا دليل على نسخ الاضحية • وقولهم الاضحية واجبة يحتمل ان يراد بها تضحية
الاضحية على حذف المضاف كقوله تعالى • الحج اشهر معلومات اذ الافعال توصف بالوجوب
ويحتمل ان يراد حقيقتها اذ الاعيان توصف بالحرمة عندنا فتوصف بالوجوب ايضا
وسبب الاضحية الراس كما في صدقة الفطر وقيل الوقت والتقييد بالحرية لانها قربة مالية
مفتقرة الى الملك والحر هو المالك • والاسلام اذ لا قربة الا من المسلم • والاقامة لما بينا
واليسار لما روينا من اشتراط السعة والمعتبر يسار صدقة الفطر وقد مر • والوقت
لاختصاصها به وسنبين مقداره ان شا الله تعالى • وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب
عليه لما بينا ولا تجب على طفله في ظاهر الرواية • وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله
انها تجب عن ولده الصغير • لانه ملحق به بصله الحرية والولاية كما في صدقة الفطر
وجه الظاهر ان الاضحية قربة محضة • والاصل في العبادات ان لا تجب على الغير

بسبب الغير

بسبب الغير • بخلاف صدقة الفطر • لان فيها معنى المؤنة والسبب راس يمونه
ويلي عليه • وهذا المعنى يتحقق في حق ولده الصغير • ولهذا لم تجب الاضحية عن عبده
وتجب صدقة الفطر عنه • وان كان للصغير مال • فقد قال بعض مشايخنا
رحمهم الله على الاب او الوصي ان يضحي عنه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله اعتبارا بصدقة الفطر • والاصح انه لا يجب ذلك وليس للاب ان يفعله
من ماله • لانه ان كان المقصود الاتلاف فالاب لا يملكه في مال ولده كالاعتاق
وان كان المقصود التصدق باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع • ومال الصبي لا يحتمل
صدقة التطوع كذا في المبسوط • وتجوز الشاة عن واحد والبقرة عن سبعة والقياس
ان لا تجوز الا عن واحد • لان الاراقة واحدة وهي لا تتجزى • الا انا تركناه بقوله
عليه السلام البدنة تجزي عن سبعة والبقرة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقيت على القياس
وتجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة بالطريق الاولى • ولا تجوز عن ثمانية • لان التقدير
الشرعي يمنع النقصان فيمنع الزيادة ليلا يخلوا عن فايدة • وكذا ان كان نصيب
احدهم دون السبع • ولا تجوز عن الكل لفوات وصف القربة في البعض وعدم
تجزي هذا الفعل في كونه قربة • حتى لو مات رجل وترك ابنا وامراة وبقرة فضحيا
بها لم تجز • لان نصيب المراة الثمن فاذا لم تجز في نصيبها لم تجز في نصيب الابن
ايضا • وقال مالك رحمه الله تجوز البدنة عن اهل بيت واحد سبعة كانوا او اكثر
ولا تجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل من سبعة لقوله عليه السلام على اهل كل
بيت في كل عام اضحاة وعتيرة • ولنا ما روينا والمراد مما روي والله اعلم قيم اهل
البيت لان اليسار يكون له دونهم دل عليه ما ذكر في بعض الروايات على كل مسلم
في كل عام اضحاة وعتيرة وهذا محكم وما روى محتمل فحملناه على المحكم • واذا كانت
البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح • لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف
السبع تبعا له • واذا جاز على الشركة قسم اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا
جزافا لا يصح لان في القسمة معنى التمليك الا اذا كان معه شي من الاكارع
والجلد كما في البيع • ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة
معه اجزاه استحسانا • وفي القياس لا يجزيه وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول
زفر رحمهم الله • لانه اعدها للقربة فلا يكون له ان يبيع شيا منها بعد ذلك على
قصد التمول والاشتراك بهذه الصفة لانها تملك بعض الاضحية من اخر ببدل وهذا
بيع • ولنا انه لو اشركهم معه في الابتداء بان اشتروا جملة جاز فكذا اذا اشركهم
بعد الشراء قبل تمام المقصود • وهذا لان الانسان قد يحتاج الى هذا فانه قد يجد
بقرة سمينة ولا يظفر بالشركاء وقت البيع فيشتريها ثم يطلب شركاء فيما
بعد ذلك فلو لم يجز له ذلك لادى الى الحرج فقد امكن ذلك لانه بالشراء

للتضحية لا يمنع البيع وان فعل ذلك قبل الشراء كان احسن لبعده عن الخلاف وعن
صورة الرجوع في القربة. وليس على المسافر والفقير اضحية لما بينا. وكان ابو بكر وعمر
رضي الله عنهما لا يضحيان اذا كانا مسافرين. وعن علي رضي الله عنه ليس على المسافر
جمعة ولا اضحية. ووقت الاضحية فجر يوم النحر الى اخر ايام النحر وايام النحر ثلاثة
يوم الاضحى وهو العاشر من ذي الحجة والحادي عشر والثاني عشر. فيدخل وقته
بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه يشترط تقديم الصلوة على التضحية في حق اهل الامصار
حتى لا يجوز من المصري الذبح حتى يصلي الامام العيد لعدم الشرط لا لعدم الوقت
فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر لانه لا صلوة عليهم. والاصل فيه قوله عليه السلام
من ضحى قبل الصلوة فليعد رواه البراء ابن عازب رضي الله عنه. وقوله عليه الصلوة
والسلام ان اول نسكنا في هذا اليوم ان نصلي ثم نذبح. لان دخول الوقت لا يختلف
في حق اهل الامصار والقرى. وانما يختلف في وجوب الصلوة فليس على اهل القرى صلوة
العيد والتاخير في حق المصري لئلا يتشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتاخير في حق
القروي ولا صلاة عليه. وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا يجوز بعد الصلوة قبل
نحر الامام والحجة عليهما ما روينا. والمعتبر في ذلك مكان التضحية حتى لو كانت الاضحية
في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر. ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد
الصلوة. واذا اراد المصري التعجيل يامر باخراج الاضحية الى خارج المصر في موضع يباح
للمسافر الصلوة فيضحي بها كما انشق الفجر. وهذا لان الاضحية تشبه الزكوة تسقط
بهلاك النصاب فاعتبرنا فيها موضع المال دون صاحب المال. بخلاف صدقة الفطر
فانها قربة فيها معنى المؤنة. ولا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر يوم الفطر فاعتبرنا
فيها مكان المؤدي لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى. ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد
ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا. والقياس ان لا يجوز. لان هذا قبل الصلوة من وجه
بعد الصلوة من وجه فلا يجوز بالشك احتياطا في العبادات. وجه الاستحسان
ان الشرط هو الذبح على اثر صلوة معتبرة وقد وجد لانها صلوة معتبرة. حتى لو اكتفوا
بها اجزاهم فيجوز. ولو كان على العكس يجوز قياسا واستحسانا. لان المسنون في العيد
الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصل وقد صلوا. وقيل بل الاستحسان والقياس فيهما
ويختص جواز الاداء بايام النحر وهي ثلاثة ايام عندنا لقوله عليه السلام ايام النحر
ثلثة افضلها اولها. فاذا غربت الشمس من اليوم الثالث لم تجز التضحية بعده. وقال
الشافعي يجوز في اليوم الرابع وهو اخر ايام التشريق لقوله عليه السلام ايام التشريق
كلها ايام ذبح. قلنا لما تعارضت الاخبار اخذنا بالمتيقن وهو الاقل. وافضلها اولها لما روينا
ولان فيه مبادرة الى اداء القربة وهو الاصل في القربات الا لمعارض كما في الاسفار
بالفجر ونحوه. ويجوز الذبح في لياليها لانها تبع للايام فصارت اوقاتا للذبح الا انه

يكره

يكره لانه لا يامن ان يغلط لظلمة الليل. وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال
ايام المعلومات ثلثة وهي ايام التشريق والايام المعدودات ثلثة وهي ايام النحر
وتمضي هذه الستة في اربعة فيوم النحر من المعدودات خاصة. واخر ايام التشريق من
المعلومات خاصة. واليوم الثاني والثالث من المعدودات والمعلومات. فالاول
نحر فقط. والاخر تشريق فقط. والمتخللان نحر وتشريق. والتضحية في ايام النحر
احب من التصدق بثمنها. لان الواجب التقرب باراقة الدم وذا لا يحصل بالتصدق
بالقيمة. ولان الاراقة لا تتاتى في كل وقت والصدقة تتاتى في كل وقت فكانت
افضل كالطواف بالبيت افضل في حق الافاقي من الصلوة. ولو لم يضح حتى مضت
ايام النحر ان كان اوجبها على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية. وان كان غنيا تصدق
بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني. وانما تجب على الفقير بالشراء بنية
التضحية عندنا خلافا للشافعي رحمه الله. لان الشراء من الفقير معنى بنية التضحية
بمنزلة النذر. فاذا تعذر الذبح لفوات وقتها فعليه التصدق كالجمعة تقضى ظهرا بعد
فوات وقتها. وهذا لان التضحية وان ثبتت قربة في ايامها الا انه احتمل ان يكون التصدق
بعين الشاة او بقيمتها اصلا. لانه المشروع في باب الاموال كما في ساير الصدقات
وانما نقل منه الى التضحية تطييبا للطعام في ايام الضيافة. فان قيل لو كان اصلا لكان
احب من التضحية في ايامها قلنا هذا موهوم فلم يعتبر بمقابلة المنصوص المتيقن
فاذا فات وقت المتيقن عملنا بالموهوم احتياطا كما في الفدية اذا عجز عن الصوم. ويجوز
ان يضحي بالجماء اي التي لا قرن لها لان المقصود لا يتعلق بالقرن فكذا المكسورة القرن
بالطريق الاولى والخصي لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين
احدهما عن نفسه والثاني عن امته. وعن ابي حنيفة رحمه الله ان الخصي اولى
لان لحمه اطيب والثولاء وهي المجنونة وانما تجوز اذا كانت سمينة ولم يكن بها مانع
يمنع السوم والرعي اما اذا كانت بخلاف ذلك فلا تجوز. ولا تجوز بالعمياء والعوراء
والعجفاء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن التضحية باربع
العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء
التي لا تنقي. ولا مقطوع اكثر الاذن او الذنب او العين او الالية لقوله عليه السلام
استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما. والذنب والالية عضوان مقصودان
فصارا كالاذن. واذا بقي اكثر الاذن ونحوه جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا
فكان بقاء الاكثر كبقاء الكل وذهاب الاكثر كذهاب الكل. والاصل ان العيب
الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عنه. ولا يمكن الاحتراز عنه
ولانه عليه السلام شرط ان يكون بينا. واليسير لا يكون بينا. وفي تقديره عن ابي
حنيفة رحمه الله اربع روايات ففي ظاهر الرواية عنه الزائد على الثلث. حتى لو كان

عملنا

المقطوع اكثر من الثلث او اقل يجزيه وهكذا روى هشام عن محمد رحمهما الله
اعتبارا بالوصية فان الوصية بالثلث نافذة من غير رضى الورثة لقلته وبما كثر منه
لا تنفذ الا برضاهم لكثرته وفي رواية ابو بشر عن ابي حنيفة رحمهما الله الثلث حتى لو كان
الذاهب اكثر من الثلث يجزيه وان كان الذاهب الثلث لا يجزيه لقوله عليه السلام
الثلث والثلث كثير وفي رواية ابن شجاع عن ابي حنيفة رحمهما الله الربع
لان للربع حكم الكل كما في تقدير النجاسة وانكشاف العورة وحلق الراس في الحج
وفي رواية الزائد على النصف وهو قولهما قال ابو يوسف قال ابو حنيفة رحمهما الله
الثلث مانع فذكرت له قولي فقال قولي مثل قولك قيل هو رجوع من قول ابي
حنيفة الى قول ابي يوسف رحمهما الله وقيل معناه قريب من قولك وفي كون النصف
مانعا روايتان عنهما كما مر في انكشاف العورة ووجه هذه الرواية ان القلة والكثرة
من الاسماء الاضافية فالكثير ما يكون ما يقابله اقل منه والقليل بعكسه فيجب
اعتبار الحقيقة واما معرفة ذهاب قدر النصف او الثلث بان يشد العين المعيبة بان
لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب اليها قليلا قليلا فاذا راته من موضع اعلم
ذلك المكان ثم يشد العين الصحيحة ويقرب العلف الى الشاة قليلا قليلا حتى اذا
راته من مكان اعلم ذلك المكان ثم يعتبر ما بين الرؤية الاولى والثانية من المسافة فان
كانت المسافة بينهما الثلث فقد ذهب الثلث وبقي الثلثان وان كانت نصفا
فقد ذهب النصف والجرباء ان كانت سمينة تجزيه لان الجرب في الجلد ولا خلل
في اللحم وان كانت عجفاء لا تجزيه لسراية الجرب الى اللحم واما الهتماء فقد كان
ابو يوسف رحمه الله يقول اولا لا تجزيه ان يضحي بها وان كانت تعتلف ثم رجع وقال
تجزيه اذا كانت تعتلف لانه وقع عنده في الابتداء ان الهتماء التي ليست لها اسنان ثم
علم بعده ان الهتماء مكسورة بعض الاسنان فاذا كانت تعتلف فالباقي من الاسنان
اكثر من الذاهب وذلك لا يمنع الجواز عنده كذا في المبسوط والسكاء وهي التي
لا اذن لها خلقة ولا تجزيه لان قطع اكثر الاذن لما منع الجواز فعدم الاذن اولى
وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب قائمة عند الشراء فلو اشتراها سليمة
ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا فعليه غيرها لان الواجب في ذمته بصفة
الكمال فلا يتادى بالناقص وان كان فقيرا تجزيه لانه لا واجب في ذمته بل
يثبت الحق في العين بالشراء فيتادى بالعين على اي صفة كانت ولا يجب عليه
ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة لان الحقين يسقطان بهلاك المال بعد الوجوب
وعن هذا الاصل قالوا لو ماتت المشتراة للتضحية عنده او سرقت واشترى
اخرى ثم وجد الاولى فله ان يضحي بايهما شاء ان كان موسرا وان كان معسرا
فعليه ان يضحي بهما ولو اضجعها للذبح فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها

جاز

جاز استحسانا والقياس ان لا تجزيه وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان تادي الواجب
بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عند التضحية بها ولنا ان هذا مما لا يستطاع الامتناع
عنه فقد تتقلب السكين من يده فتصيب عينها وهذه من مقدمات الذبح فالحقت
به وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت فاخذت من فوره وكذا بعد فوره عند
محمد رحمه الله لحصوله بمقدمات الذبح خلافا لابي يوسف رحمه الله والاضحية من الابل والبقر ظ
والغنم لان الاراقة عرفت قربة بخلاف القياس في هذه الثلاثة فلا يتعدى عنها ويجزي
الثني من الكل والجذع من الضان اذا كان عظيما بحيث لا يمكن التمييز من بعيد لقوله
عليه السلام ضحوا بالمسان ولا تضحوا بالجذعان وقال عليه السلام نعمت الاضحية
الجذع من الضان ولا خلاف ان الجذع من المعز لا يجزيه والجذع من الضان
الذي اتى عليه اكثر الحول عند الاكثر وذكر في المبسوط اذا تم له سبعة اشهر
فهو جذع بعد ذلك والثني منه ما تم له سنة وطعن في الثانية وكذا في المعز
ومن البقر الذي طعن في الحول الثالث عند جمهور الفقهاء ومن الابل الذي تم
له خمس سنين وطعن في السادس ويدخل في البقر الجاموس لانه نوع منه والمتولد
من الوحشي والاهلي يتبع الام لان جانبها مترجح على جانبه وان كانت الام اهلية
بان نزا ظبي على الشاة جازت التضحية بالولد وان كانت وحشية لم يجز لانه
يتبعها في الرق والملك فكذا في التضحية واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات
احد السبعة فقال الورثة وهم كبار اذبحوها عنه وعنكم جاز استحسانا والقياس
ان لا يجزيه وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لان نصيب الميت صار ميراثا فالتضحية
تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح من الوارث على الميت كالاعتاق عن الميت واذا لم يجز
في نصيبه لم يجز في نصيب الشركاء ووجه الاستحسان ان الورثة يقومون مقام
المورث بعد موته والتبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق
وانما لا يجوز الاعتاق لما فيه من الزام الولاء على الميت وذا غير موجود في التضحية وانما الشرط
ان يكون قصد الكل القربة ان اتفقت الجهات او اختلفت بان اراد بعض الشركاء هدي حل
الصيد ادا المتعة وانه يجزيه عندنا خلافا لزفر رحمه الله لان الاتحاد المقصود وهو القربة
قد وجد لان الورثة لما اذنوا صار ذلك قربة ايضا لان تضحية المرء عن غيره مشروعة
بصفة القربة فالنبي صلى الله عليه وسلم كان يضحي بكبشين احدهما عن نفسه والاخر
عن امته ولو ذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم لانها لم يقع بعضها قربة
لعدم الاذن فلم يقع الكل قربة ضرورة عدم التجزي فان كان شريك الستة
نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم تجز عن واحد منهم لان ذلك البعض لم يصر قربة لان
النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافي القربة والاراقة لا تتجزى قربة
فبطل الكل فلو كان فيهم صبي وضحى عنه ابوه او كان احد السبعة ام ولد

وضحى عنهما من ماله جاز لأن الصبي أهل للقربة وكذا أم الولد. ويأكل من لحم الأضحية
ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن لحوم الأضاحي
فكلوا منها وادخروا. ومتى جاز أكله وهو غني جاز أن يؤكله غنيا آخر ويستحب
أن لا ينقص الصدقة من الثلث لأن الجهات ثلاثة الأكل والادخار والإطعام
أما الأول والثاني فلما روينا وأما الثالث القانع فلقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر
أي السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليها أثلاثا. ويتصدق بجلدها لأنه جزؤها
أو يعمل منه آلة تستعمل في البيت نحو الجراب والغربال والنطع لأنه يجوز الانتفاع
باللحم فكذا بالجلد. ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه
استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا من الجراب والغربال لأنه لو باعه وانتفع به في بقيته
جاز فكذا إذا اشترى به ما ينتفع به في بقيته فللبدل حكم المبدل. ولا يشتري
ما لا ينتفع به إلا بعد استهلاكه كالخل والمري والملح ونحوها اعتبارا بالبيع بالدراهم
لأنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح. فلو باع الجلد أو اللحم
بالدراهم أو بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه تصدق بثمنه لأن معنى التمول سقط
عن الأضحية. وإذا تمولها بالبيع انتقلت القربة إلى بدله فيجب التصدق به. فإن قيل
ينبغي أن لا يجوز بيعه لقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له. قلنا
هذا يفيد كراهية البيع. أما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم. ولا
يعطي أجر الجزار من الأضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطمها
ولا تعط أجر الجزار منها. والنهي عنه نهي عن البيع أيضا لأنه في معناه. ويكره أن يجز
صوف أضحيته وينتفع به قبل أن يذبحها أو يحلب لبنها لأنه أعدها للقربة بجميع
أجزائها فلا ينبغي أن يصرف منها شيئا إلى حاجة نفسه لأنه في معنى الرجوع عن
الصدقة بخلاف ما بعد الذبح لأن القربة أقيمت بالذبح والانتفاع بعد إقامة
القربة مطلق كالأكل. والأفضل أن يذبح أضحيته بيده إن كان يحسن الذبح
لأن الأولى في القربات أن يتولى بنفسه. وإن كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين
بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي أضحيتك فإنه
يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب. ولو أمر المسلم كتابيا أن يذبح أضحيته
جاز لأنه من أهل الذبح والقربة أقيمت بإنابته ونيته. ويكره لأن هذا من عمل
القربة وفعله ليس بقربة. ولو أمر مجوسيا فذبح أضحيته لم تجز لأنه ليس من أهل
الذكاة فكان هذا إفسادا لا تقربا. وإذا غلط رجلان فذبح أحدهما أضحية صاحبه
صح عندهما ولا ضمان عليهما استحسانا والقياس أن يضمن. وأصله أن من ذبح أضحية غيره
بغير إذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الأضحية في القياس وهو قول
زفر رحمه الله لأنه متعد في ذبح شاة غيره فيكون ضامنا كمن ذبح القصاب في التضحية

لا تتادى

لا تتأدى إلا بنية المضحي ولم توجد حيث فعله الغير بغير إذنه. وفي الاستحسان
يجوز ولا يضمن الذابح لأنه إذا عينها للأضحية فقد صار مستعينا بكل أحد في التضحية
بها في أيام النحر فكان الذابح محققا مقصوده ومسقطا عنه مؤنة الذبح فكان
إذنا له دلالة والإذن دلالة كالإذن إفصاحا كما في شرب ماء السقاية وذبح
شاة قصاب شد القصاب رجلها. ولأن فاته أمر مندوب وهو ذبحها بنفسه
أو شهوده عند الذبح فقد حصل له مندوب آخر وهو صيرورته مضحيا بما عينه
لأن استبدالها بغيرها مكروه ومبادرة إلى تضحية ما وجب عليه تضحيته لعينه
في أيامها. ومن هذا الجنس مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن
حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت يضمن إذا لم يكن بإذن المالك
ولو وضع المالك اللحم في القدر ووضع القدر على الكانون ووضع الحطب تحته فجاء آخر
وأوقد النار في الحطب وطبخه. أو جعل المالك الحنطة في الدورق وربط الدابة فجاء
آخر وأعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل المالك حملا على دابته فسقط فجاء
آخر وحمله عليها فعطبت لا يضمن في هذه الصور استحسانا لوجود الإذن دلالة. إذا ثبت
هذا فنقول إذا غلطا فذبح كل واحد منهما مسلوخته من صاحبه فلا يضمنه لأنه وكيله
دلالة. فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما. لأنه لو أطعم
كل واحد منهما صاحبه لحم أضحيته جاز ذلك غنيا كان أو فقيرا. فكذا له أن يحلله إذا علم
وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه. لأن الأضحية لما وقعت لصاحبه
كان اللحم له ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم. فصار كما لو باع أضحيته
فإنه يجب عليه أن يتصدق بالثمن. ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرنا.
ولو غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن الأضحية عندنا. وعند زفر رحمه الله لم تجز
عن الأضحية لأنه حين ضحى لم يكن مالكها. ولنا أنه ملكها عند أداء الضمان مستندا
إلى الغصب السابق فكانت التضحية واردة على ملكه. بخلاف ما إذا أودع شاة فضحى
بها لأنه يضمنها بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح فكانت التضحية واردة على ملك
الغير.

فصل

إن دم الشكر يتأدى بالإراقة كالأضحية ودم المتعة والقران
لأنها الواجب دون التصدق ولهذا يحل له أكله وأن يؤكله غنيا. ولا يضمن بتفويته
إلا إذا اعتاض فحينئذ يضمن ويجب التصدق بقيمته. لأن الشرع حرم التمول فإذا اعتاض
ضمن ودم الجبر لا يتأدى بالإراقة كدم الحلق والإحصار وجزاء الصيد ويجب عليه
التصدق ولا يحل له أكله ولا يؤكله غنيا ويضمن بتفويته. وإن فات لا بصنعه لا
يضمن. رجل وهب لرجل شاة أو بدنة فقبضها وعينها للأضحية أو متعة أو جزاء صيد
أو إحصار أو عينها وقلدها للتطوع فللواهب أن يرجع فيها عند أبي حنيفة رحمه الله
ومحمد رحمه الله. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يرجع. لأنه لما جعلها لله تعالى

ابطل ملكه بنفسه والتحق بالمسجد والوقف. وجه ظاهر الرواية ان ايجاب العبد معتبر
بايجاب الله تعالى وذا لا يمنع رجوع الواهب كما في الزكوة كذا هذا. وكذا لو ذبح
الموهوب له لشيء من هذه الدماء فللواهب ان يرجع فيها عندهما خلافا لابي يوسف
رحمه الله لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع. واذا رجع لم يبطل ما حصل من
القربة لان القربة حصلت بالاراقة. ثم ان كان ذبحها للتطوع او للقران او
للمتعة او للاضحية لا يلزمه شيء. لان الواجب عليه هنا الاراقة دون التصدق وقد
وجدت فلا يلزمه شيء اخر. وان كان لجزاء الصيد او لدم الاحصار او الحلق يضمن
قيمتها لان الواجب بهذه الاسباب الاراقة والتصدق. ولو سرق منه او اختنق ومات
لا يضمن لانه فات لا بصنعه فلم يوجد سبب الضمان. ولو اشترى شاة او بدنة او بقرة
فضحى بعينها وذبحها لشيء مما قلنا فرد البايع النعجة بعيب الفسخ سعه في هذه الرواية
لان النعجة تتعين بالتعيين في هذه الرواية. والبايع بالخيار ان شاء اخذ المذبوحة ورد
اليه جميع الثمن وتصدق المشتري بالثمن وقيمة اللحم كما لو باع اللحم بثمن فانه ينظر الى الثمن
والى قيمة اللحم ايهما كان اكثر يتصدق به احتياطا. وان شاء ترك المذبوح عليه وضمنه القيمة
ثم المشتري يتصدق بها لو كان جزاء والا اكل. ولو لم يجد بايع البدنة عيبا بالفضة
ولكن المشتري وجد بالمذبوح عيبا رجع بنقصانه ولا يرد لان الذبح نقصان وسلم له الا
في جزاء الصيد ان لم تكن القيمة مثلا للصيد الا بصفة السلامة فحينئذ يلزمه التصدق
حصة العيب حتى يخرج عن ضمان الصيد. وان قبلها البايع مذبوحة فله ذلك ويرد الثمن
الى المشتري ويرفع المشتري حصة العيب منه ويسلم له ويتصدق بالباقي. لان القربة تادت
ما دون العيب الا في جزاء الصيد فانه اذا لم تكن مثلا للصيد الا بصفة السلامة عن العيب يلزمه
التصدق بجميع الثمن. ولو اشتراها شراء فاسدا وذبحها لشيء مما ذكرنا فالبايع بالخيار ان
شاء اخذ المذبوح وضمنه نقصان الذبح وان شاء تركه عليه وضمنه جميع القيمة. لان
الذبح نقصان فاحش فكان استهلاكا من وجه. فان شاء مال الى جانب القيام وضمنه
النقصان وان شاء مال الى جانب الهلاك وضمنه جميع القيمة وترك
اللحم عليه. فان اخذ البايع المذبوح وضمنه النقصان كانت القربة ماضية لان الاراقة
حصلت على ملكه. وانما انتقض الملك بالاسترداد فيما بقي لا فيما فات بالاراقة ويتصدق
المشتري بقيمة اللحم اما في الدماء التي يلزمه التصدق فظاهر. وكذا في غيرها لانه
كان ضامنا قيمتها للبايع ويرفع المذبوح اسعاد البراءة عن تلك القيمة فكانه اعتاض
عن القيمة. وان ضمنه البايع القيمة وترك المذبوح عليه والقربة تامة لتقرر الملك عليه
ويتصدق باللحم ما كان سبيله التصدق ويأكل فيما كان له ان ياكل. ولو كان
شراء جائزا فذبحها لشيء مما قلنا فاستحقت فالمستحق بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء
اخذ اللحم وضمنه النقصان لما مر في الشراء الفاسد. فان ضمنه القيمة جازت الاراقة

عما صنع

عما صنع خلافا لزفر رحمه الله والوجه من الجانبين قد بيناه. وان اخذ المذبوح
لم تجز الاراقة عما صنع. لانه ظهر انه ذبح ملك الغير. مريض عليه دين يحيط بماله
وهب بدنة لرجل وليس له مال غيرها فنحرها الموهوب له لشيء مما ذكرنا ثم مات
الواهب فانه تنتقض الهبة لان هبة المريض وصية ولا وصية مع الدين والغريم
بالخيار ان شاء ضمنه القيمة وترك المذبوح عليه وتمت القربة لحصول الاراقة على ملكه
وان شاء اخذها وضمنه النقصان وتصدق الموهوب له بقيمة اللحم لحصول البراءة عن
القيمة برد المذبوح. وان لم يكن عليه دين فللورثة ان يضمنوه قيمة الثلثين ان شاؤا
وجازت القربة وان شاؤا اخذوا ثلثي المذبوح وضمنوا ثلثي نقصان الذبح ويتصدق
الموهوب له بثلثي قيمة المذبوح. وان لم يكن عليه دين فللورثة ان يضمنوه قيمة الثلثين
اشترى شاة فعينها للاضحية وجبت عليه وان كان معسرا لالتزامه فانه تصدق
بها حية في ايام النحر فعليه اخرى مكانها. لان الواجب هو الاراقة ولم توجد
والمفوت هو فيضمن مثلها وان لم يشتر حتى خرج وقت النحر تصدق بقيمتها. ولو بقيت
الشاة حتى خرج وقته تصدق بها حية لان الاراقة لم تبق قربة لخروج ايامها ولم
يجز الذبح الا اذا تصدق وضمن النقصان. وان لم يذبحها حتى جاء العام القابل فذبحها
لم تجز عما لزمه لتحول الوجوب من الاراقة الى التصدق. والله سبحانه اعلم

كتاب الكراهية

روي عن محمد رحمه الله
ان كل مكروه حرام. وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يوجد فيه نصا قاطعا. وعن
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب. وهذا الكتاب يشتمل على ستة
فصول. **الفصل الاول في الاكل والشرب.** قال ابو حنيفة رحمه الله
كره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل لان اللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه وقد
مرت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبائح. ويكره الاكل والشرب والادهان
والتطيب في انية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من
اناء الفضة والذهب انما يجرجر في بطنه نار جهنم. وعن حذيفة رضي الله عنه انه نزل
عند دهقان بالمداين فاتاه بشراب في اناء فضة فلم يقبله. وقال نهانا رسول الله
صلى الله عليه وسلم ثم نزل به في العام الاخر فقدم شرابا في اناء فضة فكسر حذيفة
على راسه. والاكل والادهان وكل استعمال نظير الشرب فالحق به. ولانه يشبه
زي المشركين وتنعم المترفين وتلك حرام. قال الله تعالى اذهبتم طيباتكم في حياتكم
الدنيا والمراد يعني لم يكن التحريم. ويستوي فيه الرجال والنساء لما ذكرنا وكذلك
الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وما اشبه ذلك كالمكحلة
والمراة والمجمرة وغيرها لما بينا. ولا باس باستعمال انية الرصاص والزجاج والبلور
والعقيق. وقال الشافعي رحمه الله يكره لانه في معنى الذهب والفضة باعتبار

التفاخر. ولنا ان العادة تم التفاخر بالذهب والفضة لا بغيرهما. ويجوز الشرب في الاناء
المفضض عند ابي حنيفة رحمه الله والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي
المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة اي يتقي موضع الفم وقيل
هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس. وقال ابو يوسف
رحمه الله يكره ذلك. وقول محمد رحمه الله يروى مع قول ابي حنيفة ويروى مع ابي
يوسف فصار عن محمد رحمه الله روايتان. وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب
والفضة والكرسي المضبب بهما لا باس بالجلوس عليه عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم
يقعد على موضع الذهب والفضة. وكذا الاختلاف اذا جعل ذلك في السيوف
او في المسجد او في حلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا. وكذا الاختلاف
في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا. وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة
بذهب او فضة على هذا الاختلاف. وكذا الاختلاف اذا كان في نصل السكين
فضة او في قبضة السيف. قال ابو حنيفة رحمه الله ان اخذ من السكين موضع الفضة
يكره والا فلا. وهذا الاختلاف فيما يخلص. فاما التمويه الذي لا يخلص
فلا باس به بالاجماع لانه اذا كان بحيث لا يخلص يكون مستهلكا فلا باس به
بالاجماع لانه اذا كان بحيث لا يخلص فينبغي لغوا مفردا. احتج ابو يوسف رحمه الله
بعموم ما ورد من النهي. ولان من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره
كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة. ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستعمال
تقصد للجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع في الاستعمال فلا يبالى به كالجبة المكفوفة بالحرير
والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص والعمامة المعلمة بالذهب وصار كمن شرب
من كفه وفي اصبعه خاتم فضة. ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة حتى لو كان
له اجير مجوسي وارسله ليشتري له لحما وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم
وسعه اكله. وان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكله ان كان ذبيحة غير الكتابي
والمسلم. واصله ان خبر الكافر في المعاملات مقبول بالاجماع لصدوره عن عقل
ودين مانع من الكذب ومساس الحاجة الى قبوله لكثرة المعاملات وكونه من اهل
الشهادة في الجملة. ويقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان
الهدية انما تبعث على ايدي هؤلاء عادة فلو لم يقبل قولهم لحرج الناس. والعبد يحتاج الى
التجارة في الاسواق والامصار البعيدة ولا يمكنه استحضار الشهود الى تلك المواضع
فلو لم يقبل قوله في الاذن لحرج الناس في المعاملة مع العبيد. وفي الجامع الصغير
امة قالت لرجل بعثني اليك مولاي هدية يسعه ان ياخذها لانه لما قبل قولها
في اهداء غيرها فكذا يقبل قولها في اهدائها. وروي ان عليا رضي الله عنه قبل
امة هدية. وقال لها افارغة انت ام مشغولة فقالت بل مشغولة واخبرته ان لها زوجا

فردها

فردها وقبل قولها. ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا
العدل. والفرق ان المعاملات يكثر وجودها فالعدل لا يوجد في كل موضع ولا
الزام فيها فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا حرا كان او عبدا ذكرا
كان او انثى مسلما كان او كافرا دفعا للحرج والضرورة. فاما الديانات فلا يكثر
وقوعها حسب وقوع المعاملات والخبر يلزم فيها ولا يقبل فيها الا قول المسلم العدل
لان الفاسق متهم لانه يرتكب الكبائر فجاز ان يرتكب الكذب والكافر لا يلتزم الحكم
وهو ساع لما يهدم الدين فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه
المعيشة في ديارنا الا بالمعاملة ولا يقدر على المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فيقبل
قوله ضرورة. ولا يقبل قول المستور في الديانات في ظاهر الرواية. وروى الحسن
عن ابي حنيفة رحمهما الله انه يقبل قوله فيها وهو بناء على جواز القضاء بظاهر العدالة
عنده. والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى تظهر عدالته. ويقبل
فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين لان في الامور الدينية خبر المملوك والمرأة
كخبر الحر والذكر لانه يلتزم بنفسه ثم يتعدى الى غيره فلا يكون هذا من باب
الولاية على الغير والقبول لرجحان الصدق وبالعدالة يترجح الصدق. فمن المعاملات
الوكالات والمضاربات والرسالات والاذن في التجارات. ومن الديانات الاخبار
بالنجاسة للماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم لترجح جانب الصدق في
خبره لظهور عدالته. وان كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان
اكبر رايه انه صادق تيمم ولم يتوضا به لان اكبر الراي فيما بني على الاحتياط
كاليقين. وان اراقه ثم تيمم كان احوط. ومع العدالة سقط احتمال
الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها وكان منزجرا
عنه فلا معنى للاحتياط بالاراقة بخلاف التحري فانه وان كان دليلا لكنه
ظني فكان اراقة الماء ثم احوط. ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضا به ولا
يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب التحري. فان قيل ينبغي ان يتيمم ايضا
احتياطا للتعارض بين خبر الفاسق والتحري كما في سؤر الحمار يجمع بين التيمم
والتوضي لتعارض الادلة. قلنا النص حكم بالتوقف في نبأ الفاسق والامر بالتيمم
هنا عمل بخبره من وجه فكان خلاف النص ولما ثبت التوقف في خبره بقي اصل
الطهارة للماء فلا حاجة الى ضم التيمم اليه. وقيل هذا جواب الحكم فاما في الاحتياط
فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا. وان اخبره بنجاسة الماء ذمي او صبي لا يعمل بخبره
ويتوضا لان ما اخبرا به لا يلزمهما فيصير غيرهما مقصودا فيصير من باب الالزام
وليس لهما ولاية الالزام. ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك حتى اذا تزوج
امرأة فاخبره مسلم ثقة رجل او امرأة انهما ارتضعا من امرأة واحدة فانه لا تثبت الحرمة

حتى لا يجب لأن شهادة الواحد على زواله لا يقبل وقد قامت هذه الشهادة على زوال
الملك والأفضل أن يتنزه لأن شهادة الفرد حجة في التنزه • ولو اشترى مسلم لحما
فأخبره مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسي لم يسعه أن يأكله لأنه أخبر بحرمة العين
وهو أمر ديني فتتم الحجة بخبر الواحد • وتبقى العين مملوكة له متقومة • لأن نقض
الملك فيه لا يجوز بقول الواحد وحرمة الأكل تنفصل عن زوال الملك كالدهن
النجس • ومن دعي إلى وليمة أو طعام فوجد ثم لعبا أو غناء فلا بأس أن يقعد ويأكل
قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة • وهذا لأن إجابة الدعوة سنة قال
عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم • وقال إذا دعي أحدكم فليجب فإن
كان مفطرا فليأكل وإن كان صائما فليدع فلا يتركها لما اقترنت بها
ألا ترى أن الصلوة على الميت لا يجوز تركها وإن حضرتها نياحة النساء • وكذا
تشييع الجنازة لا يجوز تركه بنياحة أهل البيت وشق جيوبهم وإن قدر على المنع
منعهم وإن لم يقدر صبر • وهذا إذا كان الغناء واللعب في ذلك المنزل لا على المائدة
وإن كان على المائدة فلا ينبغي أن يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى
مع القوم الظالمين • وهذا إذا كان خامل الذكر لا يشين الدين قعوده • فأما إذا كان
مقتدى مشارا إليه فلا ينبغي أن يقعد بل يخرج ويعرض عنهم إن لم يقدر على النهي والتغيير
لأن ذلك يشين الدين • ومما يعتقد البعض الجاهلين إذا رآه ساكتا يصنع ذلك بين
يديه فيكون فيه فتح باب المعصية على المسلمين • والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في أول
أحواله ولم يكن يومئذ مقتدى مشارا إليه • وهذا إذا لم يعلم ذلك حتى إذا حضر وأما إذا
علم بذلك قبل الحضور فإنه ينبغي أن لا يحضر لأن حق الدعوة لم يلزمه هنا لأنه لم يتخلص
سنة بخلاف ما إذا هجم عليه لأنه قد لزمه • ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام
حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لأن الابتلاء
بالحرام يكون • وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه إن صوت اللهو والغناء ينبت
النفاق في القلب كما ينبت النبت بالماء • وقال مشايخنا رحمهم الله استماع القرآن
بالألحان معصية والتالي والسامع آثمان • وروى الصدر الشهيد رحمه الله
في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال سماع الملاهي معصية
والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر •

الفصل الثاني في اللبس

لا يحل للرجال لبس الحرير والديباج ولو في الحرب • ويحل للنساء ولا يحل للرجال إلا قدر
أربع أصابع • وقال بعض الناس يحل للرجال أيضا • لأنه عليه السلام صلى وعليه فروج
من حرير • وفي حديث مخرمة رضي الله عنه أنه عليه السلام خرج وعليه قباء من ديباج
ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال إنما يلبسه من لا خلاق له
في الآخرة • وما روى المخالف منسوخ بما روينا • وقال بعض الفقهاء هو حرام عليهن

لعموم

لعموم النهي • واحتج أصحابنا رحمهم الله بحديث علي وأبي موسى وعبد الله بن عمر
وعقبة ابن عامر رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وبإحدى يديه حرير
وبالأخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور أمتي حل لإناثهم • إلا أن القليل عفو
وهو قدر أربع أصابع كالأعلام والمكفوف بالحرير • لأنه عليه السلام نهى عن لبس
الحرير إلا في موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة يريد الأعلام • وعنه عليه السلام أنه
كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير • ومن الناس من حرم ذلك لعموم النهي • ولا بأس
بلبس الديباج والحرير في الحرب عندهما • لأن الحاجة ماسة إليه فإنه يرد الحديد بقوته
ويكون مهيبا في قلوب الأعداء لكونه أهيب في أعينهم ببريقه ولمعانه • وقد صح أنه عليه
السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب • وقال أبو حنيفة رحمه الله يكره لأنه
لا فصل فيما رويناه من النهي والمحرم لا يحل إلا عند الضرورة وقد اندفعت الضرورة
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غيره • فإن قيل الخالص أدفع لمعرة السلاح
قلنا المخلوط له قوة الخالص فاستويا فوجب أن يجتزى بالأدنى عن الأعلى في باب التحريم
والمروي محمول على المخلوط • ويحل توسده والنوم عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
يكره • وذكر القدوري والقاضي أبو عاصم قول أبي يوسف مع محمد والفقيه أبو الليث
مع أبي حنيفة رحمهم الله • وكذا الخلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب لهما
ما روي من عموم النهي • وقال سعد ابن أبي وقاص رضي الله عنه لأن أتكي على جمر
الغضا أحب إلي من أن أتكي على مرافق الحرير • وعن علي كرم الله وجهه أنه أتي بدابة
على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة • ولأن التنعم بالتوسد والافتراش
مثل اللبس • وهو عادة الأكاسرة والتشبه بهم حرام • قال عمر رضي الله عنه إياكم
وزي الأعاجم • وله ما روي أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير • وقد روي عن
ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان على بساطه مرفقة حرير • وعن أنس رضي الله عنه
أنه جلس على مرفقة حرير وكذا عن الحسن رضي الله عنه • ولأنا أجمعنا أن القليل من الملبوس
حلال وهو الأعلام • فكذا القليل من اللبس والاستعمال • والجامع أنه أنموذج لنعيم
الآخرة ترغيبا فيما هو في الآخرة لا مقصودا • فإن قيل الجلوس على كرسي الفضة
لا يحل ولا يحل افتراشه وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم • قلنا ما أطلقنا القليل لا
يكون أنموذجا فإذا انقلب مقصودا بقي حراما كالخمر • وهذا لأن الحرير لباس أهل الجنة
قال الله تعالى ولباسهم فيها حرير فوجب إطلاق القليل منه وهو العلم والقليل من لبسه
وهو الافتراش ليكون أنموذجا إلى ذلك الكثير الكامل • فأما الفضة لا تكون لباسا في دار
الآخرة وإنما يكون منها الكراسي ونحوها فلو أطلقناه لصار عينها مطلقا وعين الشيء
لا تكون أنموذجا • ويحل لبس ما سداه حرير ولحمته قطن أو خز في الحرب وغيره •
لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير • ولأنه يصير بالنسج

ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا إلى الآخر لأنه آخر وهو اللحمة. وجعلت حكما
في الإباحة والتحريم. وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا
أرى بحشو القز بأسا. لأن الثوب إذا كان بين الثوبين فهو ملبوس ولبس الحرير لا يجوز
للرجال. وأما الحشو فليس بملبوس فلا يكره. وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير كالقطن
فلا بأس به في الحرب لضرورة دفع السلاح ويكره في غيره لأن الاعتبار للحمة ولا ضرورة
ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه إلا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة فقد كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقش خاتمه
محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم. وقال بعض الناس لا بأس بالتختم بالذهب لما روى
البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقال لي البس ما كساك الله ورسوله. ولأن النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما
حل التحلي بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر. ولنا
ما روى علي وابن مسعود وأبي هريرة رضي الله عنهم أنه عليه السلام نهى عن ذلك. ولأن
الأصل هو التحريم والإباحة لضرورة التختم والنموذج فقد زالت بالفضة لأنهما من جنس
واحد فبقي الذهب على حكم التحريم. وما رووه منسوخ أو تأويله أن يكون فضة مركبا
بالذهب أو يكون مذهبا. وإنما العبرة بالحلقة وإنما تكون السنة في الحكم والشريعة
قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون حجرا. ويجعل الفص إلى باطن كفه
لأنه عليه السلام فعل كذلك. بخلاف النساء حيث يجوز لهن جعل الفص إلى ظاهر الكف
لأن التزين لهن مباح. وفي الجامع الصغير لا يتختم إلا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر
واليشب والحديد والصفر حرام. ورأى النبي صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر
فقال ما لي أجد منك رائحة الأصنام فأمره فرمى به. ورأى على آخر خاتم حديد فقال
ما لي أرى عليك حلية أهل النار وأمره فرمى به. وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا جلس
إلى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم
حديد فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا أشر منه هذه حلية أهل النار. ومن الناس
من أطلق اليشب وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فإنه قال والأصح أنه
لا بأس به كالعقيق فإنه عليه السلام كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فإنه
مبارك ولأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر. ولنا أنه يتخذ منه الأصنام فأشبه الصفر
الذي هو منصوص معلول بالنص. وإنما يتختم القاضي والسلطان لحاجتهما إلى الختم
فأما غيرهما فالأفضل تركه لعدم الحاجة إليه. ولا بأس بمسمار الذهب يجعل
في حجر الفص أي في ثقبه لأنه معيب فجعل تبعا للفضة كالعلم في الثوب. ومن تحرك
سنه يشدها بالفضة لا بالذهب. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا بأس بالذهب أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف

رحمهما الله

رحمهما الله. واحتج محمد رحمه الله بما روي عن عرفجة بن أسعد أنه أصيب أنفه يوم
الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فأنتن عليه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بأن
يتخذ أنفا من ذهب. ولأن الذهب والفضة استويا في حرمة الاستعمال. فإذا
حل التضبيب بالفضة وجب أن يحل بالذهب. ولأبي حنيفة رحمه الله أن استعمال
الذهب والفضة حرام إلا عند الضرورة فيه وقد زالت بالأدنى وهو الفضة فلم يحل
بما لا ضرورة فيه. وأما الحديث فذلك في الأنف ومسألة الأنف على الاتفاق إذا أنتن
أو خيف ذلك ولا يخلو الفضة عن ذلك. فأما تضبيب الأسنان فخال عن هذا العذر
وما قاله من القياس يبطل بالتختم فإنه يحل التختم بالفضة للرجال دون الذهب
ويكره إلباس الذهب والحرير الذكور من الصبيان لأن النص جعل لبسهما حراما
على الذكور فكان الإلباس حراما كشرب الخمر لما كان حراما كان سقيه للصبي
حراما. ولا بأس بخرقة الوضوء والمخاط وفي الجامع الصغير تكره الخرقة التي تحمل
للمسح بها العرق لأنها بدعة محدثة وتشبه بزي الأعاجم ولم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم
يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم وإنما يمسحون بأطراف
أرديتهم. والصحيح أنه لا يكره لأن المسلمين قد استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضوء
والخرق لدفع الأذى وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن. وقد جاء في الحديث
أنه عليه السلام كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الأوقات وحاصله أن من فعل
شيئا من ذلك تكبرا فهو مكروه. ومن فعل ذلك لحاجة وضرورة فلا يكره. ولا بأس
بأن يربط في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى الرتم وهو من عادة العرب. قال
لا ينفعنك اليوم إن همت بهم ۞ كثرة ما توصي وتعقاد الرتم
وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بعض أصحابه رضي الله عنهم بذلك. ولأنه لو
كره فإنما يكره لكونه عبثا وقد تعلق به غرض صحيح وهو التذكر عند النسيان
فلا يكون عبثا.

الفصل الثالث في النظر واللمس والوطء

اعلم أن مسائل النظر
أربعة أقسام نظر الرجل إلى الرجل والمرأة إلى المرأة. والمرأة إلى الرجل والرجل إلى المرأة
أما نظر الرجل إلى المرأة فأربعة فصول نظر الرجل إلى زوجته وإلى مملوكته وإلى ذوات
محارمه وإلى إماء الغير وإلى الحرة الأجنبية فبدأنا بالفصل الأخير. ولا يجوز أن
ينظر الرجل إلى الحرة الأجنبية إلا إلى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن
إلا ما ظهر منها. قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم أي موضعهما
وهو الوجه والكف والمراد بالزينة المذكورة موضعها إطلاقا لاسم الحال على المحل فيهما
ولأنها تحتاج إلى إبداء وجهها في المعاملة مع الرجال وإلى إبداء كفها في الأخذ والإعطاء
ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع. وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر
إلى قدمها أيضا. وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله لأنها تحتاج إلى إبداء قدمها إذا مشت

وقال آخر
إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم ۞ فليس بمغن عنك عقد الرتائم

حافية او منتعلة ومن بها لا تجد الخف في كل وقت • وعن ابي يوسف رحمه الله انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانها في الخبز والطبخ وغسل الثياب تضطر الى ابداء ذراعيها وهذا اذا لم يكن النظر عن شهوة • فان كان يعلم انه ان نظر اشتهى لم يحل النظر الى شيء منها • لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن اجنبية عن شهوة صب في عينيه الانك يوم القيمة • وكذا لا يباح النظر اذا شك في الاشتهاء او كان اكبر رايه ذلك احتياطا • ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة لقوله عليه السلام من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع في كفه جمر يوم القيمة حتى يفصل بين الخلايق • ولان حكم المس اغلظ حتى يفسد الصوم بالمس عن شهوة اذا اتصل به الانزال ولا يفسد بالنظر • فالرخصة بالنظر لا تكون دليل الرخصة في المس • مع ان البلوى في المس اقل من النظر • وهذا اذا كانت شابة تشتهى • فاذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها • لان الحرمة لخوف الفتنة وهي معدوم • وقد روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان في خلافته يخرج الى بعض القبايل الذين كان مسترضعا فيهم فكان يصافح العجايز • ولما مرض ابن الزبير رضي الله عنه استاجر عجوزا لتمرضه فكانت تغمز رجله وتفلي راسه وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها فلا باس بان يصافحها فان كان لا يامن عليها ان تشتهي لم يحل له ان يصافحها لان فيه تعريضا للفتنة • والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لانه ليس لبدنها حكم العورة ولا في النظر والمس خوف الفتنة • ويجوز للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان تشتهي لانه لا يجد بدا من النظر في هذه المواضع لانه يحتاج الى احياء حقوق الناس بالقضاء واداء الشهادة • والضرورات تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغي ان يقصد اداء الشهادة او الحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة لانه ان لم يمكنه التحرز فعلا فقد امكنه التحرز منه قصدا فصار كمسالة التترس بصبيان المسلمين • واختلفوا فيما اذا دعي لتحمل الشهادة عليها وهو يعلم انه ان نظر اليها اشتهاها فمنهم من جوز ذلك ايضا بشرط ان يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة • الا ترى ان شهود الزنا لهم ان ينظروا الى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة • والاصح انه لا يحل له ذلك لانه لا ضرورة عند التحمل فقد يوجد من لا يشتهي لتحمل الشهادة • بخلاف حالة الاداء فقد التزم هذه الامانة بالتحمل وهو متعين لادايها • وكذا اذا اراد ان يتزوج بها فلا باس بان ينظر اليها وان كان يعلم انه يشتهيها لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة رضي الله عنه اذا اردت ان تتزوج امراة ابصرها فانه احرى ان يودم بينكما • وكان محمد ابن سلمة يطالع سبيتة تحت اجار لها فقيل له اتفعل هذا وانت صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم

الا ترى

فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا القى الله تعالى خطبة امراة في قلب رجل احل له النظر اليها • ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة • فيعتبر ما هو المقصود لا ما يكون تبعا • ويجوز للطبيب ان ينظر الى الموضع المرض منها للضرورة • وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اخف • الا ترى ان المراة تغسل المراة بعد موتها دون الرجل • وان لم يجدوا امراة تداوي تلك المراة ولم يقدروا على امراة تتعلم ذلك اذا علمت وخافوا ان تهلك او يصيبها بلاء او وجع لا تحتمل فلا باس ان يستروا منها كل شيء سوى موضع المرض ثم يداويها رجل ويغض بصره ما استطاع الا عن ذلك الموضع لان نظر الجنس الى غير الجنس اغلظ فكان المعتبر تحقق الضرورة وصار كنظر الخافضة والختان • وكذا ينظر الرجل الى موضع الاحتقان من الرجل عند الحاجة اليه • ويجوز الاحتقان للمرض • وكذا للهزال الفاحش اذا قيل له ان الحقنة تزيل ما بك من الهزال فلا باس بان يبدي ذلك الموضع للمحتقن على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا صحيح • فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون اخره الدق والسل • واما نظر الرجل الى الرجل فانه يجوز ان ينظر الرجل الى كل بدن الرجل الا ما بين سرته الى ركبته • لحديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده رضي الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قال عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته وفي رواية ما دون سرته حتى تجاوز ركبته • وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة بخلاف ما يقوله ابو عصمة سعد بن معاذ المروزي والشافعي رحمهما الله انها عورة لانها محل الاشتهاء • ولنا ما روي ان ابن عمر رضي الله عنهما كان اذا اتزر ابدى عن سرته • والتعامل الظاهر فيما بين الناس انهم اذا اتزروا في الحمامات ابدوا عن السرة بلا نكير منكر دليل على انها ليست بعورة • والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الركبة من العورة • ولان الركبة ملتقى عظم الساق والفخذ وعظم الفخذ عورة وعظم الساق ليس بعورة فقد اجتمع في الركبة المعنى الموجب لكونها عورة • وكونها غير عورة فيترجح الموجب لكونها عورة احتياطا ترجيحا للمحرم • والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر • فانهم يقولون العورة من الرجل موضع السوءة • فاما الفخذ فليس بعورة • لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان في حايط رجل من الانصار وقد دلى ركبتيه في ركية وهو مكشوف الفخذ اذ دخل ابو بكر رضي الله عنه فلم يتزحزح ثم دخل عمر رضي الله عنه فلم يتزحزح ثم دخل عثمان رضي الله عنه فتزحزح وغطى فخذه فقيل له في ذلك فقال الا استحيي ممن تستحيي منه ملايكة الرحمن عليهم السلام فلو كان الفخذ من العورة لما كشفها بين يدي ابي بكر وعمر رضي الله عنهما • ولنا ما روينا • وروي انه عليه السلام قال لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة في ظاهر الرواية • وكان ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله

يعني من السرة الى موضع نبات الشعر ليس من العورة لتعامل العمال في الابداء عن ذلك الموضع وفي النزع عن العادة الظاهرة حرج. قلنا التعامل بخلاف النص لا يعتبر وانما يعتبر فيما لا نص فيه. ثم حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان من رأى غيره مكشوف الركبة ينكر عليه برفق ولا ينازعه ان لج. وان رآه مكشوف الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضربه ان لج. وان رآه مكشوف السوأة امره بستر العورة وادبه على ذلك ان لج. وما يباح النظر اليه من الرجل يباح المس لان ما ليس بعورة يجوز مسه كما يجوز النظر اليه. واما نظر المرأة الى الرجل فهو كنظر الرجل الى الرجل. لان السرة وما فوقها وما تحت الركبة ليس بعورة من الرجل وما لا يكون عورة فالنظر اليه مباح للرجال والنساء كالثياب والدواب ونحوها. واشار في كتاب الخنثى الى ان نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه. حتى لا يباح لها ان تنظر الى ظهره وبطنه. لان حكم النظر عند اختلاف الجنس اغلظ وهذا اذا امنت الشهوة او اكثر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها. ولو كان الرجل هو الناظر اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا يشير الى التحريم والفرق ان الشهوة غالبة عليهن والغالب كالمتحقق في الحكم فاذا اشتهى الرجل تحققت الشهوة من الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة. لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا لانها لا تغلب على الرجال فكانت الشهوة من جانب واحد افضى الى التحريم فافترقا. واما نظر المرأة الى المرأة فهو كنظر الرجل الى الرجل ايضا باعتبار المجانسة وعدم الشهوة غالبا وقد تحققت الضرورة الى الانكشاف فيما بينهن. الا ترى ان المرأة تغسل المرأة بعد موتها كما يغسل الرجل الرجل. وعن ابي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه. حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها. لانه عليه الصلوة والسلام نهى النساء عن دخول الحمامات بميزر وبغير ميزر والاول اصح. لان المراد بالامر منع النساء عن الخروج والقرار في البيوت وبه نقول والعرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن من الدخول فيها دليل على صحة ما قلنا. وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال. لان المقصود تحصيل الزينة وازالة الدرن عن البدن وهي الى ذلك احوج. والرجل يتمكن من الاغتسال في الانهار والحياض وهن لا يتمكن منه. وينظر الرجل الى فرج امرأته وامته وسائر اعضائهما عن شهوة وغير شهوة. لحديث ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال غض بصرك الا عن زوجتك وامتك. وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد وكنت اقول بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي. ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه. ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر اولى. الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة

صاحبه

صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير. ولان النظر الى العورة يورث النسيان. وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة. واما نظره الى ذوات محارمه فانه ينظر الى الوجه والراس والصدر والساق والعضد ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها. والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن ولم يرد بها عين الزينة. لان النظر الى نفس الزينة مباح مطلقا ولكن المراد مواضع الزينة وهي الراس فهو موضع التاج والشعر فهو موضع العقاص. والوجه فهو موضع الكحل والعنق والصدر فهما موضع القلادة فهي قد تنتهي الى الصدر. والاذن فهو موضع القرط. والعضد فهو موضع الدملوج. والساعد فهو موضع السوار. والكف فهو موضع الخاتم والخضاب والساق فهو موضع الخلخال. والقدم فهو موضع الخضاب. بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة. ولان البعض يدخل على البعض بلا استيذان. والاحتشام المرأة يكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة. فلو امرنا بالتستر من ذوي محارمها لافضى الى الحرج. ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة بخلاف ما وراها لانها لا تنكشف عادة. والمحرم من لا يحل له مناكحتها على التابيد بنسب او بسبب كرضاع ومصاهرة لشمول الحرج وقلة الرغبة الكل. فان ثبتت حرمة المصاهرة بالزنا فقيل لا يثبت به حل المس والنظر لانه قد ظهرت خيانته مرة فلا يؤتمن ثانيا. والاصح ان ثبوت حرمة المصاهرة بالسفاح كثبوتها بالنكاح لتحقق الحرمة على التابيد. وكما يباح النظر الى هذه المواضع يباح المس. لانه عليه السلام كان يقبل راس فاطمة رضي الله عنها. ويقول اجد منها ريح الجنة. وكان اذا قدم من سفر بدا بها فعانقها وقبل راسها. وقال عليه السلام من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة. بخلاف وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المس وان ابيح له النظر لتكامل الشهوة. وانما يباح النظر والمس اذا امن الشهوة على نفسه وعليها. فاما اذا كان يخاف الشهوة على نفسه وعليها فلا يحل له ذلك. لان المس عن شهوة والنظر عن شهوة نوع زنا. وقد قال عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر. واليدان تزنيان وزناهما اللمس والرجلان تزنيان وزناهما المشي. والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه. والزنا حرام بجميع انواعه وبذوات المحارم اغلظ فليجتنب. ويحل له ان يخلو ويسافر بهن لقوله عليه السلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان معناه ليس بمحرم لها فدل انه يباح له ان يخلو بذوات محارمه. وقال عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها فدل انه لا باس بان تسافر مع المحرم. فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا امنا الشهوة. فان خافها على نفسه او عليها

يقينا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده. ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا. وإن لم يمكنها تتلفف بثيابها كيلا تصيبه حرارة عضوها. وإن لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن نفسه بقدر الإمكان. وأما النظر إلى أمة الغير فهو كنظره إلى ذوات محارمه لأنها تحتاج إلى الخروج في حوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال في معنى البلوى نظرا ومساكة في ذوات محارمه. وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى أمة متقنعة علاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر. ولا يحل له أن ينظر إلى ظهرها وبطنها كما في حق ذوي المحارم. وكان محمد ابن مقاتل الرازي رحمه الله يقول لا ينظر إلى ما بين سرتها إلى ركبتها. ولا بأس بالنظر إلى ما وراء ذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في حديث طويل ومن أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا إلى موضع المئزر. ولنا أنه لا ضرورة في الظهر والبطن كما في حق المحارم بل أولى لقلة الشهوة في المحارم وكمال الشهوة في الإماء. والمدبرة والمكاتبة وأم الولد كالأمة لوجود الحاجة وقيام الرق فيهن. والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة رحمه الله. ويحل الخلوة والمسافرة بها كما في ذوات المحارم. وعند بعض مشايخنا رحمهم الله ليس له أن يعالجها في الإركاب والإنزال لأن معنى العورة وإن عدم بالستر فمعنى الشهوة باق. والأصح أنه لا بأس بذلك إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها. لأن المولى قد يبعثها في حاجته من بلدة إلى بلدة ولا تجد محرما لتسافر معه وهي تحتاج إلى من يركبها وينزلها. ألا ترى أن أمة المرأة قد تعين رجلها وحدها تخلو به ولا يمتنع أحد من ذلك وكل ما يبلغ النظر إليه منها يباح مسه منها إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها كذا في المبسوط. وذكر في المختصر ولا بأس بأن يمس ذلك إذا أراد الشراء وإن خاف أن يشتهي. وذكر في الجامع الصغير رجل يريد شراء جارية فلا بأس بأن يمس ساقها وصدرها وذراعها وينظر إلى ذلك كله مكشوفا. والحاصل أنه يباح النظر في هذه الحالة إلى شعرها وصدرها وساقيها وإن اشتهى للضرورة ولا يباح المس إذا اشتهى أو كان أكثر رأيه ذلك لأن إباحة النظر ليعلم قدر المالية ومقدار المالية يصير معلوما بالنظر بدون المس. وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة. وإذا بلغت الأمة لم تعرض في إزار واحد والمراد بالإزار الذي يستر ما بين السرة والركبة. وقال محمد رحمه الله وكذلك إذا بلغت موضعا تجامع وتشتهى لأن ظهرها وبطنها عورة والمشتهاة كالبالغة فلا تعرض في إزار واحد. والخصي في النظر إلى الأجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله. ولأن الخصي في الأحكام مثل الشهادات والمواريث كالفحل. وقطع تلك الآلة منه كقطع عضو آخر. ومعنى الفتنة لا يفوت فالخصي قد يجامع وقيل هو أشد الناس جماعا لأن آلته لا تفتر بالإنزال. وكذا المجبوب

لأنه

لأنه يسحق فينزل. وإذا كان مجبوبا قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا رحمهم الله في مخالطته بالنساء لوقوع الأمن من الفتنة. وقد قال الله تعالى أو التابعين غير أولي الإربة من الرجال قيل هو المجبوب الذي جف ماؤه. والأصح أنه لا يحل له ذلك لعموم النصوص. وكذا المخنث في الرديء من الأفعال لأنه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فينحى عن النساء. فأما إذا كان في أعضائه لين وفي لسانه تكسر ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا في الرديء من الأفعال فقد رخص بعض مشايخنا في ترك مثله مع النساء وهو أحد تأويلات قوله تعالى أو التابعين غير أولي الإربة وقيل المراد الأبله الذي لا يدري ما يصنع بالنساء إنما همته بطنه. والأصح أن نقول إنه من المتشابه. وقوله قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم محكم فنأخذ بالمحكم ونقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها أن تبدي مواضع الزينة الباطنة بين يديه ولا يحل له أن ينظر إليها إلا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء. والعبد فيما ينظر إلى سيدته كالحر الأجنبي معناه لا يحل له أن ينظر إلا إلى وجهها وكفيها عندنا. وقال مالك والشافعي رحمهما الله نظره إليها كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولا يجوز أن يحمل على الإماء لأنهن دخلن في قوله تعالى أو نسائهن. ولأنه لا يشكل أن للأمة أن تنظر إلى سيدتها كما للأجنبيات. ولأن بينهما سببا محرما للنكاح فكان بمنزلة المحرم ولأن النظر ثم لحاجة الدخول من غير استئذان واحتشام. وهذا يتحقق فيما بين العبد وسيدته. ولنا أنه ليس بينهما زوجية ولا محرمية وحرمة المناكحة على شرف الزوال فكانت في حقه كمنكوحة الغير. وهذا لأن الحرمة المؤبدة تقلل الشهوة فأما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على رفع الاحتشام والبلوى غير متحقق لأن العبد لا يستخدم في خارج البيت لا داخل البيت فقد قيل من اتخذ عبدا يخدمه داخل البيت فهو كشحان. والمراد بالنص الإماء. قال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنهما لا تغرنكم سورة النور فإنها في الإناث دون الذكور. ومرادهما قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن والموضع موضع إشكال لأن حال الأمة يقرب من حال الرجال حتى تسافر بغير محرم فأشكل أنه هل يباح لها التكشف بين يدي أمتها. ولمزيل هذا الإشكال بقوله تعالى أو نسائهن لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء. ويعزل عن أمته بغير إذنها لأنه عليه السلام قال لمولى أمة اعزل عنها إن شئت. ولا يعزل عن زوجته إلا بإذنها والأمة تحل بلذة الوقاع للموطوءة وهما يتعاقبان في استحقاقها فالحرة حق فيه حتى تخير في الجب والعنة لا الأمة. ولهذا لا ينقص حق الحرة إلا بإذنها ويستبد به السيد. ولو كانت الأمة منكوحة فقد ذكرناه في النكاح.

الفصل الرابع في الاستبراء وغيره

ومن اشترى أمة فلا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر إلى فرجها حتى يستبرئها والأصل

في وجوب الاستبراء قوله عليه السلام في سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والحديث وإن ورد في المسبية لكن السبب حدوث الملك واليد لأنه المؤثر في المنصوص عليه وهذا لأن الاستبراء حقيقة للتعرف عن براءة الرحم لئلا يختلط ماؤه بماء الغير إذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري أنه منه أو من غيره فوجب التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك لأنه عند الاشتباه لا يدعي الولد فيهلك لعدم من يقوم بتربيته وشرطه توهم شغل الرحم أو حقيقة الشغل لأن الصيانة إنما تجب في مثل هذا الموضع وتوهم الشغل من غير الواطئ إنما يثبت بتقدم ملك الغير في المحل وإنما يجب على المشتري لا على البائع كما قال مالك رحمه الله لأن الإرادة الحقيقية إرادة الوطء فإنه إذا أراد الوطء وذا لا يحل إلا في محل فارغ يجب عليه التعرف عن براءة الرحم كيلا يصير ساقيا ماءه زرع غيره والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن إرادة الوطء لا توقف عليها فأقيم التمكن من الوطء مقام إرادة الوطء فأدير الحكم عليه تيسيرا ويتعدى الحكم إلى سائر أسباب الملك كالشراء فإن كان من عبده المأذون المديون فعند أبي حنيفة رحمه الله يجب لأنه لم يكن مالكا عنده وعندهما إن حاضت عند المأذون بعد قبضه جاز للمولى أن يطأها لأنه يملك كسبه فصار قبضه كقبض المولى والهبة والوصية والإرث والخلع والكتابة بأن كاتب عبده على أمة والدفع بالجناية وكذا يجب إذا اشتراها من امرأة أو صبي بأن باعها أبوه أو مملوك ممن لا يحل له وطؤها بمحرمية أو اشتراها وهي بكر لوجود العلة المجبرة والشرط وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه الاستبراء لأنه لتبين فراغ الرحم وهو حاصل في هذه الصورة كما في المطلقة قبل الدخول لا تجب العدة لهذا ولنا أن هذه حكمة الاستبراء والحكم يتعلق بالعلة لا بالحكمة لبطونها تيسيرا للأمر على الناس فإن قيل لا بد من توهم الشغل قلنا توهم الشغل ثابت إذ المعتبر التوهم سواء كان من المالك أو من غيره وكذا في البكر التوهم ثابت لأن الشغل يتصور بدون زوال العذرة ولا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في أثنائها لأن الواجب عليه حيضة وهي اسم للكاملة وعن أبي يوسف رحمه الله أنها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها ما لم يتبين فراغ رحمها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره من أسباب الملك قبل القبض خلافا لأبي يوسف رحمه الله له أن تبين فراغ رحمها يحصل بحيضة وجدت في يد البائع كما يحصل بحيضة توجد في يد المشتري ولنا أنها وجدت قبل علته وهي تحصل باليد والملك فلا تعتبر ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض ولا بالحيضة التي توجد قبل الإجازة في بيع الفضولي وإن كانت

في يد المشتري ولا بالحاصلة بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا ويجب في أمة للمشتري فيها شقص فملك الباقي بوجه من الوجوه لأن حل الحمل بسبب ملك الرقبة يكون بعد ملكه جميع رقبتها وملك بعض الرقبة بمنزلة بعض العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة وإن اشتراها وهي مجوسية فحاضت بعد القبض ثم أسلمت أو اشتراها فكاتبها قبل الاستبراء ثم حاضت في حال كتابتها ثم عجزت يجتزأ بتلك الحيضة لوجودها بعد السبب والمانع من الوطء فهو التمجس والكتابة لا يمنع الاعتداد بالاستبراء كما لو اشترى أمة محرمة فحاضت في حال إحرامها بخلاف ما لو اشترى مكاتب أخته ثم عجز عند أبي حنيفة رحمه الله ولو رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة المؤاجرة عند انقضاء المدة أو فكت المرهونة أو ورثت أمته فليس عليه أن يستبرئها خلافا لزفر رحمه الله في الرد لعدم سببه وهو حدوث ملك اليد والرقبة ولا يقال هذا استدلال لعدم الحكم لعدم العلة وهو فاسد لأن السبب متعين فيدار الحكم عليه وجودا وعدما وإنما فسد أن لو لم يتعين وصار هذا التعليل لمحمد رحمه الله في ولد المغصوب ولو أقال البيع قبل قبضها فعلى البائع الاستبراء قياسا وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا لأنها زالت عن ملكه وعاد إليه ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لأنها فسخ من الأصل فصار كأن لم يكن وإذا حاضت عند المشتري ثم ردت بالعيب لم يقربها البائع حتى تحيض بخلاف ما لو كاتبها ثم عجزت وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعي عندنا لإفضائها إليه وقال بعض الفقهاء لا تحرم لأن النص ورد في الوطء وهو معلول بخوف الخلط بماء غيره وسقي زرع غيره بمائه وذلك معدوم في الدواعي فلم يتعد التحريم إليه ولأن الدواعي لا تحرم في المسبية وهو المنصوص والأصل في الباب وهذا فرعه فاستحال أن يخالف الفرع أصله ولنا أن الدواعي في معنى الوطء فوجب إلحاقها به كما في الظهار وهذا لأن الوطء إنما حرم لاحتمال الوقوع في غير الملك بأن تكون قد حبلت من المالك الأول فحينئذ يصير ساقيا زرع غيره لأنه تبين أنه وطئ أم ولد غيره وهذا المعنى في الدواعي موجود لأنها إن كانت حاملا من المالك وادعى الولد فصارت أم ولد فيظهر أن الدواعي حصلت في ملك غيره وذلك حرام بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي لأنه لا يحتمل الوقوع في ملك الغير ولأن الدواعي ثم لا توقعه في ارتكاب الحرام لنفرة في طبعه عنها بسبب الأذى والدواعي هنا توقعه في ارتكاب الحرام وهو الوطء لتوفر رغبته فيها فما لم يحصل مقصوده منها ولا نص في المسبية وعن محمد رحمه الله تحل الدواعي لأنها لا تحتمل الوقوع في غير الملك لأنه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا ولأن العلة تنقضي بوضع الحمل فلأن تنقضي مدة الاستبراء أولى وإن

لا تحيض من صغر أو كبر فاستبراؤها بشهر لأن الشهر قائم مقام الحيض
في العدة وكذا في الاستبراء فإذا حاضت في أثنائه بطل الاستبراء لأن القدرة
على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالمعتدة بالأشهر إذا حاضت
وإن ارتفع حيضها بأن صارت ممتدة الطهر وهي ممن تحيض تركها حتى إذا تبين أنها
ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية إلا أن مشايخنا رحمهم الله
قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة وكان محمد رحمه الله يقول يستبرئها بأربعة
أشهر وعشرة أيام اعتبارا بأكثر مدة العدة وهي عدة الوفاة في الحرة ثم رجع
وقال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام والفتوى عليه لأنه متى صلحت هذه المدة
للتعرف عن شغل يتوهم بالنكاح في الإماء فلأن يصلح للتعرف عن شغل يتوهم
بملك اليمين وهو دونه أولى وعن زفر رحمه الله يستبرئها بحولين وهو رواية
عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه أكثر مدة يبقى الولد في البطن وقال أبو مطيع رحمه الله
يستبرئها بتسعة أشهر مدة الحمل في النساء عادة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
قدره بثلاثة أشهر ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء عند أبي يوسف رحمه الله
لأنه يمتنع من التزام حكم مخافة أن لا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه وقال محمد رحمه الله
يكره لأن الفرار من الأحكام الشرعية ليس من أخلاق المسلمين فيكره له اكتساب
سبب الفرار وهو نظير الشفعة وقد عرفت والمأخوذ قول أبي يوسف رحمه الله
فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد رحمه الله فيما إذا قربها
والحيلة إن لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها
فلا يلزمه الاستبراء لأن بالنكاح يثبت له عليها حق الفراش وإنما اشتراها وهي فراشه
وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم
الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لأنها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك ولو كانت تحته
حرة فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به
ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لأن عند وجود السبب وهو
حدوث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وبعد
ما طلقها وإن زال الفراش لكن الحل لا يثبت بزوال الفراش بل بالسبب السابق والمعتبر
أوان وجود السبب لأن الاستبراء لا يجب في حال دوام الحل كما إذا كانت معتدة
الغير ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يكفر
لأن الحرمة قبل التكفير لما ثبتت للتشبيه بالأم وإنما تثبت على الوجه الذي يثبت
في الأم ثم التقبيل والمس حرام في الأم فكذا فيمن يشبهها ولأن الأصل
حرمة الدواعي عند حرمة الوطء لأنها تفضي إليه وسبب الحرام حرام كما في
الاعتكاف والإحرام بخلاف حالة الحيض والصوم حيث لا تحرم الدواعي فيهما

مطلب حيلة

لانا تركنا

لأنا تركنا هذا الأصل فيهما بالنص فقد روي أنه عليه السلام كان يقبل بعض
نسائه وهو صائم ويعانق نساءه وهن حيض قالت أم سلمة كنت في فراش النبي عليه السلام
فحضت فانسللت من الفراش فقال عليه السلام ما لك أنفست قلت نعم فقال ائتزري
وعودي إلى مضجعك فجعلت فعانقني طول الليل ولأن الحيض يتكرر في كل شهر
وقد يبلغ ثلث عمرها والصوم فرضه يمتد شهرا ونفله يمتد أكثر العمر فتحريم
الدواعي هنا مفض إلى الحرج لأنهم يعجزون عن الامتناع عن الدواعي أما الظهار فإنه
يكون في وقت فكذا الإحرام يكون في وقت خاص وكذا الاعتكاف فلو حرمنا
الدواعي لم يفضوا إلى الحرج ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة لا يقرب واحدة
منهما ولا يقبلها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو بنكاح
أو عتق والأصل أن الجمع بين الأختين لا يجوز وطئا أو عقدا لا يجوز لأنه
معطوف على قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم والمراد به تحريم العقد والوطء بالإجماع ع
والمعطوف مشارك للمعطوف عليه في حكمه فيجب أن يكون المراد من المعطوف
هذا تحقيقا لقضية العطف وعن علي كرم الله وجهه أنه سئل عن تحريم الجمع
بين الأختين وطئا فقال أحلتهما آية أي قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية
هي قوله وأن تجمعوا بين الأختين فالتحريم أولى وكذا لا يجوز الجمع بينهما في
الدواعي لإطلاق النص ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء على ما بينا فإذا قبلهما فكأنه
وطئهما ولو وطئهما فليس له أن يطأ إحداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا إذا قبلهما
وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بينا إلا أن يملك فرج الأخرى
غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لأنه لم يبق جامعا لما حرم فرجها والمراد بقوله بملك ملك
اليمين وهو يتناول سائر وجوه التمليك بيعا وهبة وغيرهما وتمليك البعض كتمليك
الكل وكذا إعتاق البعض كإعتاق الكل لأن الوطء يحرم بهذا كما بالكل
والكتابة والإعتاق لثبوت حرمة الوطء بها حتى لو وطئها يغرم العقر لها وبرهن
إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى لأنها لا تخرج بها عن ملكه وبقوله
أو بنكاح النكاح الصحيح حتى لو تزوج إحداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الأخرى
إلا أن يدخل الزوج بها فيه لعدة تجب عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم
على المولى فيحل له أن يطأ أختها ولو وطئ إحداهما حل له وطء الموطوءة دون
الأخرى لأنه يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين
لا يملك الجمع بينهما نكاحا بأن كانت إحداهما عمة الأخرى أو خالتها بمنزلة الأختين
فيما ذكرنا ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه وذكر
الطحاوي رضي الله عنه أن هذا قول أبي يوسف رحمه الله لا بأس بالتقبيل والمعانقة
لأن النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه

ابي حنيفة ومحمد وقال

وذلك عند فتح خيبر فقال لا أدري بأيّهما أسرّ بفتح خيبر أم بقدوم جعفر رضي الله عنه
وعانق زيد بن حارثة رضي الله عنه وكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك
وكان الأعراب يقبّلون أطراف النبي صلى الله عليه وسلم ولهما حديث أنس رضي الله عنه
قال قلنا يا رسول الله أينحني بعضنا لبعض فقال لا فقلنا أيعانق بعضنا بعضا
فقال لا فقلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه
نهى عن المكامعة وهي المضاجعة والمعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول
على ما قبل التحريم والشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله وفّق بين الأحاديث فقال
المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة فأما ما كان على وجه البرّ والكرامة
فجائز قالوا الخلاف فيما إذا لم يكن عليهما غير الإزار أما إذا كان عليه قميص أو جبّة
فلا بأس به بالإجماع وهو صحيح ورخّص بعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورّع
على سبيل التبرّك وعن سفيان رحمه الله قال تقبيل يد العالم سنّة وتقبيل يد غيره
لا يرخّص فيه قال الصدر الشهيد رحمه الله هو المختار وما يفعله الجهّال من
تقبيل يد نفسه إذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة وما يفعلون من تقبيل الأرض
بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لأنه يشبه عبادة الوثن وذكر
الصدر الشهيد رحمه الله أنه لا يكفر بهذا السجود لأنه يريد به التحية دون العبادة
وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر
ولا بأس بالمصافحة لما روينا ولأنها سنّة قديمة متوارثة في البيعة وغير ذلك وقال
عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرّك يده تناثرت ذنوبه وقال عليه السلام
ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يفترقا وأما القيام لتعظيم الغير
فعن الشيخ أبي القاسم الحكيم أنه إذا كان دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ويعظّمه
ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لأن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم
فلو تركت تعظيمهم لتضرّروا ولا يطمع الفقراء وطلبة العلم في ذلك وإنما يطمعون
مني في جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضرّرون بترك القيام

الفصل الخامس في البيع والاحتكار والإجارة وغيرها

ويكره بيع العذرة وهي رجيع الآدمي ولا بأس ببيع السرقين وقال الشافعي رحمه الله
لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فلم يكن مالا فلم يجز بيعه كالعذرة وجلد
الميتة قبل الدباغ ولنا أنه مال فيجوز بيعه وهذا لأن المال ما ينتفع به ويتموّل
وقد تموّل المسلمون بالسرقين وانتفعوا به فإنهم يلقونه في الأراضي لاستكثار الريع من
غير نكير من أحد من السلف بخلاف بيع العذرة لأن العادة في الانتفاع بها لم توجد
وإنما ينتفع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها بالقائها في الأراضي والمخلوط مال
متقوّم يجوز بيعه والانتفاع به في الصحيح وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا بأس

بالانتفاع بالعذرة الخالصة ومن علم بأمة أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكّلني صاحبها
ببيعها فإنه يسعه أن يبتاعها ويطأها لأن خبر الواحد في المعاملات مقبول وإن كان
فاسقا أو كافرا أو عبدا أو أمة فقد أخبر بخبر صحيح لا منازع له فيقبل وكذا لو قال
لي اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدّق بها عليّ لما قلنا وهذا إذا كان ثقة وإن كان
غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكذلك لأن في المعاملات لا يمكن اعتبار العدالة
في كل خبر للحرج والضرورة وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرّض
لشيء من ذلك لأن أكبر الرأي كاليقين وقال عليه السلام لوابصة ابن معبد
ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فما حاك في صدرك فدعه وإن أفتاك الناس به
وكذا لو لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره ذو اليد أنها لفلان فإنه وكّله ببيعها
أو وهبها له أو اشتراها منه لأن إقراره بالملك للغير حجّة في حق المخبر شرعا فهذا في حق
السامع بمنزلة ما لو علم ملك الغير بأن عاينه في يده فإن كان المخبر ثقة صدّقه
فيما أخبر به وكذا إن كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فيه لم يقبل ذلك منه
ولم يشترها وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء إن كان عرفها للأول لم يشترها
حتى يعلم انتقالها إلى ملك الثاني لأن الأول دليل ملكه وإن كان لا يعرف ذلك له
أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقا لأن اليد دليل الملك شرعا والفاسق والعدل
في هذا الدليل سواء حتى إذا نازعه غيره فالقول له ويحل لمن رآه في يده أن يشهد له
بالملك ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر كما لو عيّن بالقياس عند
وجود النص إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك العين فحينئذ يستحب له أن يتنزّه عنه
ولا يشتريه وذلك كدرّة رآها في يد فقير لا يملك شيئا أو رأى كتابا في يد جاهل
ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك فيظنّ كل أحد أنه سارق لذلك العين فكان التنزّه عن
شرائه أفضل ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون في سعة من ذلك لأنه اعتمد دليلا
شرعيا وإن كان الذي أتاه بها عبدا أو أمة لم يسع له أن يشتريها ويقبلها حتى
يسأل لأنه عالم أنها للغير واليد في حق المملوك ليس بمطلق للتصرف لوجود الرق المنافي
للملك والمانع من التصرف ما لم يوجد الإذن فإن أخبر أن مولاه أذن له وهو ثقة فلا
بأس بالشراء منه والقبول وإن كان غير ثقة فإن كان أكبر رأيه أنه صادق فيما قال صدّقه
وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب أو لم يكن له رأي لم يشترها لأن الحاجز عن التصرف
ظاهر فلا يكون له أن يتصرّف معه بمجرد خبره ما لم يترجّح جانب الصدق فيه بنوع دليل
ولم يوجد ولو أن امرأة غاب عنها زوجها فأخبرها مسلم ثقة أن زوجها طلّقها
ثلاثا أو مات عنها أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري
أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس بأن تعتدّ وتتزوّج لأن
القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلّقني زوجي ومضت عدّتي

وتزوجت بآخر ودخل بي ثم طلقني ومضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الأول إن كانت
ثقة أو وقع في قلبه أنها صادقة. وكذا لو قالت كنت أمة لفلان فأعتقني وهي ثقة أو وقع
في قلبه أنها صادقة لأن القاطع طارئ. ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان
الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاع لم يقبل قوله ولم يسعها أن تتزوج حتى
يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان. وكذا لو أخبره مخبر أنك تزوجتها
وهي مرتدة أو أختك من الرضاع لم يتزوج بأختها وأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان
لأنه أخبر بفساد مقارن والإقدام على النكاح أمارة بينة على صحته وإنكار فساده
فثبت المنازع بالظاهر. بخلاف ما لو كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت
من أمه أو أخته فإنه يقبل قول الواحد فيه لأن القاطع طارئ فلم يثبت المنازع والحاصل
أنا لم نقبل خبر الواحد في موضع المنازعة لحاجتنا إلى الإلزام وقبلنا في موضع المسالمة لعدمه
ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت
لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه أن يتزوجها لوجود المنازع وهو
ذو اليد. بخلاف ما لو قالت أعتقني. وإذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين
يكره لرب المال أن يأخذ منه. وإن كان البائع نصرانيا فلا بأس به. والفرق
أن بيع المسلم الخمر باطل غير منعقد لأنه لا قيمة للخمر في حق المسلمين فلم ينعقد البيع
وإذا لم ينعقد البيع لم يجب الثمن فلم يملكه فلم يصح قضاؤه. ويكره الاحتكار في أقوات
الآدميين والبهائم إذا كان في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذا التلقي. فأما إذا لم يضر
فلا بأس. والاحتكار حبس الطعام للغلاء. افتعال من حكر إذا ظلم ونقص وحكر
بالشيء إذا استبد به وحبسه عن غيره. والأصل في كراهية الاحتكار قوله
عليه السلام من احتكر على الناس الطعام رماه الله تعالى بالجذام والإفلاس. وفي
رواية من احتكر الطعام أربعين يوما يطلب الغلاء فعليه لعنة الله والملائكة والناس
أجمعين. لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا. الصرف النفل والعدل الفرض. ولأن
حق العامة قد تعلق فيما جلب إلى المصر فالمحتكر يريد إبطال حقهم وتضييق عليهم
فيكره إذا كان يضر بهم بأن كان البلد صغيرا. بخلاف ما إذا لم يضر
بأن كان البلد كبيرا لأنه حبس ملكه ولم يضر بغيره. وكذا التلقي على هذا التفصيل
وصورة التلقي أن يخرج من البلد إلى قافلة جاءت بالطعام واشتراها خارج البلد
وهو يريد حبسها ويمنع عن بيعها ولم يتركها حتى تدخل القافلة البلد. والأصل
في كراهية ذلك نهيه عليه السلام عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان. قالوا هذا
إذا لم يلبس المتلقي سعر البلد على التجار فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لأنه غدر بهم.
ثم الاحتكار المنهي في الأشياء التي هي قوت الناس والبهائم كالبر والشعير
والعنب والتمر والتبن والقت. وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى.

والتبن

وقال أبو يوسف

وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ذهبا
أو فضة أو ثوبا فاعتبر الضرر حيث ما وجد وإن لم يكن معهودا. وهما اعتبرا
الضرر المعهود الغالب. ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكارا مكروها لعدم
الضرر. والفاصل أربعون يوما لما روينا. وقيل الشهر لأنه أكثر الآجال وما دونه قليل
عاجل لما مر في الأيمان والسلم. ويقع التفاوت في المأثم بين أن ينتظر العزة وبين أن
ينتظر القحط نعوذ بالله. وقيل المدة للعقوبة في الدنيا لأن الجناية لا تظهر عند
قصور المدة فلا يعاقب فإذا امتدت ظهرت الجناية فيعاقب. فأما في حكم المأثم
فلا يشترط له امتداد فيأثم وإن قلت المدة لتحقق الضرر. والحاصل أن التجارة
في الطعام غير محمودة. ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر
أما الأول فلأن ذلك خالص حقه لا حق لأحد فيه فلم يكن في الحبس إبطال حقهم وله أن
لا يزرع فله أن لا يبيع. وأما الثاني فالمذكور قول أبي حنيفة رحمه الله لأن حق
العامة إنما يتعلق فيما جمع في المصر وجلب إلى فنائها. وأما في غير ذلك فلا. وقال أبو
يوسف رحمه الله يكره لإطلاق ما روينا. وقال محمد رحمه الله كل بقعة يجلب
منها إلى المصر في العادة فهي بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة
ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا فإن الله هو
المسعر القابض الباسط الرازق. وروي أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تسعر يا رسول الله قال بل أدعو. فقال آخر سعر يا رسول الله فقال بل الله يخفض
ويرفع وإني لأرجو الله تعالى وليس لأحد عندي مظلمة. ولأن الثمن حق البائع إليه
تقديره ولا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة بأن يبيع
قفيزا بمائة وهو يشتري بخمسين فيمنع عنه دفعا للضرر عن المسلمين. وقال مالك
يلزمه التسعير عام الغلاء نظرا للعامة. وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في قوته وقوت أهله وينهاه عن
الاحتكار ويزجره. فإن رفع إليه مرة أخرى وهو مصر على عادته وعظه وهدده.
فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى حتى يمتنع عن سوء عمله لأنه ارتكب
ما لا يحل وليس فيه حد مقدر فيعزر. وإن كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين
ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير
فلا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصر. فإن فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك
فباعه بثمن فوقه أجازه القاضي. وهذا واضح على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يرى
الحجر على الحر وفي إبطال بيعه نوع حجر عليه. وكذا عندهما لأنه حجر على قوم
مجهولين فلا يصح إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم. ومن باع منهم بما قدره
الإمام صح لأنه ليس بمكره على البيع. وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه بغير رضاه.

قيل هو على اختلاف عرف في بيع مال المديون، وقيل يبيع اتفاقا لأنه يبتنى الحجر
لدفع ضرر عام كالحجر على الطبيب الجاهل ونحوه وهذا يرجع إلى العامة. ويكره بيع
السلاح في أيام الفتنة ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لكونه تسبيبا إلى الفتنة وتقوية لها
والفتنة نائمة لعن الله من أيقظها وقد مر في السير. فإن لم يعرف أنه من أهل الفتنة فلا
بأس لوقوع الشك في كونه تسبيبا إلى الفتنة فلا يكره بالشك. ولا بأس بأن يبيع العصير
ممن يعلم أنه متخذه خمرا لأنه يصلح لأمور شتى فيضاف الفساد إلى اختياره. وهو بعينه
ليس بآلة للفساد وإنما يكون بعد تغيره. بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن عينه
آلة للشر بلا تغير. ومن آجر بيتا له يتخذ فيه بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع
فيه خمر بالسواد فلا بأس به عند أبي حنيفة. وقالا لا ينبغي أن يؤجره لشيء من ذلك
لأنه إعانة على المعصية. وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا
على الإثم والعدوان. وله أن المعصية تقع بفعل فاعل مختار وهو المستأجر فينقطع
نسبة المعصية عن العقد وهو وارد على منفعة البيت حتى يجب الأجر بمجرد التسليم
ولا معصية فيه. وإنما قيدنا بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع يمكنون
الخمر والخنزير في الأمصار لأن شعائر الإسلام فيها ظاهرة بخلاف السواد. قالوا هذا
في سواد الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة. فأما في سواد بلدنا فأعلام الإسلام فيها
بادية فلا يمكنون فيه أيضا وهو الصحيح. ومن حمل لذمي خمرا فإنه يطيب له الأجر
عند أبي حنيفة وقالا هو مكروه لأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن في الخمر عشرة
وعد منها حاملها. وله أن عين فعله ليس بمعصية وليس بسبب لها. وإنما المعصية تحصل
بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل. لأن حمل الخمر قد يكون
للإراقة والصب في الخل للتخليل. والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية
ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة وهذا بالإجماع لأنها ملك من بناها. ألا ترى أن من بنى على
أرض الوقف جاز بيعه فهذا كذلك. فيجوز بيع أرضها عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله
وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله. لأن الأراضي مملوكة لأربابها لظهور
الاختصاص شرعا لهم. وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل
على أن عقار مكة عرضة التمليك والتملك وقد تعارف الناس بيع الأراضي والدور بمكة
من غير نكير. وله ما روي أنه عليه السلام قال إن الله تعالى حرم مكة فحرام بيع
رباعها وأكل ثمنها وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال مكة مناخ لا تباع
رباعها ولا تؤجر بيوتها. ولأن موضع الحرم وقف الخليل عليه السلام. ويكره إجارة
أراضي مكة لقوله عليه السلام من أكل أجور أرض مكة فإنما أكل الربا. ولأن أراضي مكة
تدعى في زمن النبي صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده السوائب من احتاج إليها
سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره. ومن وضع درهما عند بقال يأخذ

منه

منه ما شاء يكره له ذلك. لأنه إذا ملكه الدراهم فقد أقرضه إياه وقد شرط أن يأخذ منه
ما يريد حالا فحالا وله في ذلك نفع فيصير في معنى القرض الذي جر نفعا وهو منهي
عنه. وينبغي أن يستودعه إياه ثم يأخذ منه ما شاء. فإن ضاع فهو وديعة عنده
فلا شيء عليه لأنه لم يقرضه وإنما أودعه.

الفصل السادس في المتفرقات

ولا بأس بالتعشير والنقط في المصحف. وأصل الرواية أنه يكره التعشير والنقط في
المصحف لأن فيهما ترك التجريد. وقد قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن
ويروى جردوا المصاحف. ثم قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فالتعشير
يحفظ الآي وبالنقط يحفظ الإعراب فكانا حسنين. ولا بأس بتحلية المصحف
لما فيها من تعظيمه كما في نقش المساجد وتزيينه كما قررنا في كتاب الصلوة
ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام وسائر المساجد. وقال مالك رحمه الله
يكره. وقال الشافعي رحمه الله يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى إنما المشركون
نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا. ولأن الكفار مخاطبون بالحرمات
وإن لم يكونوا مخاطبين فنحن مخاطبون بتبعيدهم. ولأن الكافر لا يخلو
عن الجنابة فوجب تنزيه المساجد عنه. وعدى مالك رحمه الله إلى سائر المساجد
لعموم العلة وفي النجاسة لأن المساجد منزهة عن النجاسة. ولنا ما روي أن أبا سفين
دخل مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في حال كفره. وأنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وضرب لهم خيمة فقالت الصحابة رضي الله عنهم
قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الأرض من أنجاسهم شيء إنما أنجاسهم على أنفسهم
وهذا لأن الخبث في اعتقاده فلا يفضي إلى تنجيس المسجد. والآية محمولة على منعهم
أن يدخلوها طائفين عراة أو مستولين على أهل الإسلام مستعلين من حيث التدبير
والقيام بعمارة المسجد. لأن قبل الفتح كانت الولاية لهم والاستعلاء لهم ولم يبق ذلك بعد
الفتح. ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى لما روي أن يهوديا مرض بجوار النبي عليه اللدم
فقال عليه السلام قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده وقعد عند رأسه
وقال قل لا إله إلا الله محمد رسول الله. فنظر المريض إلى أبيه فقال له أبوه أجبه فأجابه
وشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم مات. فقال النبي عليه السلام
الحمد لله الذي أنقذني نسمة من النار. ولأن العيادة شرعت برا وهو صلة ولا بأس
ببر أهل الكتاب. قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين
الآية. ويكره أن يبدأ الكافر بالسلام ولا يكره رد الجواب ولكن لا يزيد على قوله
وعليكم. وإن كان للمسلم إليه حاجة فلا بأس بالسلام عليكم. ولا بأس بخصاء
البهائم لأنه عليه السلام ضحى بكبشين أملحين موجوءين. وإنزاء الحمير على الخيل لأنه
عليه السلام ركب البغلة واقتناها. ولو كان هذا الفعل مكروها لما فعل لأن فيه

فتح بابه • ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته • ويكره كسوة
الثوب وهدية الدراهم والدنانير والقياس أن لا يجوز الكل لأنه تبرع فلا يصح من
العبد كهبة الدراهم والدنانير • وفي الاستحسان يجوز الهدية اليسيرة والدعوة اليسيرة
لأن سلمان أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبلها حين كان عبدا • وقبل هدية
بريرة وكانت مكاتبة • وكان يجيب دعوة المملوك • وعن أبي سعيد مولى أبي أسيد
أنه قال دعوت رهطا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فيهم أبو ذر رضي الله عنه
فحضرت الصلاة فقدموني وأنا يومئذ عبد • ولأن الهدية اليسيرة والضيافة
اليسيرة من ضرورات التجارة • لأن التاجر إذا فتح دكانه يحتاج إلى سلم وعاقبه
مايع إلى المواكلة مع المعاملين واستمالة قلوب المجاهزين بالتبرع اليسير • ومن ملك شيئا
يملك ما كان من ضروراته • ولا ضرورة في هبة الثوب والدراهم والدنانير فبقي
على أصل القياس • ويكره استخدام الخصيان لأن فيه تحريض الناس على هذا الفعل
وهو مثلة • وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المثلة • ويكره للرجل أن يقول في دعائه
أسألك بمعقد العز من عرشك • وللمسألة عبارتان بمعقد العز وبمقعد العز
ولا شك في كراهية الثانية لأنه من القعود وهو التمكن على العرش وهو قول
المجسمة وهو قول باطل • وكذا الأولى يكره لأنه يوهم تعلق العز بالعرش وأنه
غير حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا ولا يزال موصوفا
به • وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به • وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله
لما روي أنه عليه السلام كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك التامة • ولكن
الاحتياط في الامتناع لكونه خبر واحد • ويكره للرجل أن يقول في دعائه بحق فلان
وبحق أنبيائك ورسلك وبحق البيت العتيق والمشعر الحرام لأنه لا حق للخلق على الخالق
ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لا يجب على ذلك الغير أن
يأتي بذلك الفعل شرعا وإن كان الأولى أن يأتي به • ويكره اللعب بالشطرنج والنرد
والأربعة عشر وكل لهو • لأنه إن قامر بها فهو حرام بالإجماع لأنه ميسر وهو اسم
لكل قمار • وقد قال الله تعالى إنما الخمر والميسر الآية • وتواترت السنة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم بتحريم القمار وعليه إجماع المسلمين وإن خلا عن القمار فهو حرام
أيضا لأنه عبث • وقد قال الله تعالى أفحسبتم أنما خلقناكم عبثا • وقال عليه السلام
كل لعب ابن آدم باطل إلا ثلاثة ملاعبة الرجل مع أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته
بقوسه • وأباح الشافعي رحمه الله الشطرنج لأن فيه تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام
قال سهل بن محمد الصعلوكي رحمه الله رئيس أصحاب الشافعي رحمه الله إذا سلم المال
من الخسران والصلاة من النسيان واللسان من الهذيان فهو أدب بين الخلان

ولنا قوله

ب مع ق د
ب مرقع د

ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير
ومر ابن عمر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم وقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها
عاكفون • ولأنه لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وذكر الله تعالى فيكون
مكروها • وأما منفعته فمغلوب بما معه والعبرة للغالب في التحريم ألا ترى إلى قوله
تعالى وإثمهما أكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم • وهل رأيت صاحب شطرنج يصلي
فضلا عن الجماعة فإن صلى فقلبه متعلق به ففي إباحته إعانة الشيطان على الإسلام والمسلمين
ثم إن قامر بالشطرنج سقطت عدالته وردت شهادته • وإن لم يقامر به وكان متقيا
فيه قبلت شهادته ولم تسقط عدالته • ولم ير أبو حنيفة رحمه الله بالسلام عليهم بأسا ليشغلهم
عما هم فيه • وكره أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تحقيرا لهم حيث أسقطهم عن درجة
التسليم • وروي أن عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم
فقيل له في ذلك فقال كيف أسلم على قوم يعكفون على أصنام لهم وروي أنه ضرب بذلك
على رؤوسهم • ولا بأس بالمسابقة بالرمي والفرس والإبل إن شرط المال من جانب بأن يقول
أحدهما لصاحبه إن سبقتني فلك كذا وإن سبقتك فلا شيء علي وحرم لو شرط المال
من الجانبين بأن يقول إن سبق فرسك أو إبلك أو سهمك أعطيتك كذا وإن سبق
إبلي أو فرسي أو سهمي أعطيتني كذا إلا إذا أدخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث إن سبقتنا
فالمال لك وإن سبقناك فلا شيء لنا • والاستباق لا يجوز في البغال والحمير والأرجل
إذا كان المال مشروطا من أحد الجانبين حيث أن يجوز • وكذا المتفقهة إذا
قال واحد منهم إن كان الجواب كما قلت أعطيتك كذا وإن كان الجواب كما قلت
فلا آخذ منك شيئا يجوز كذا في الذخيرة • ويكره أن يجعل الرجل في عنق عبده
الراية وهو أن يجعل في عنق عبده طوق حديد مسمرا بمسمار عظيم يمنعه من
أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظالمين • وهو حرام لأنه محدث وشر الأمور
محدثاتها • وقال عليه السلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل
ضلالة في النار ولأنه عقوبة الكفار فيكره كالإحراق بالنار • قال عليه السلام
لا تعذبوا بعذاب الله • وأما القيد فهو سنة المسلمين في السفهاء والدعار والعبيد
احترازا عن إباقهم والتمرد على مواليهم • ولا بأس بالحقنة للتداوي وأصله أن استعمال
الدواء جائز • قال عليه السلام تداووا فإن الله ما خلق داء إلا ووضع له دواء إلا السام
والهرم • وقد تواترت به السنة الخلف ونعقد عليه الإجماع ولا فرق بين الرجال
والنساء ولا يجوز استعمال المحرم في الحقنة كالخمر ونحوها لأن التداوي بالمحرم
محرم • والمذهب عند أهل السنة والجماعة أن التوكل المأمور به بعد كسب
الأسباب ثم التوكل بعده على خالق الأسباب دون الأسباب • ولا بأس بأن
تسافر الأمة وأم الولد بلا محرم • لأن الأمة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع إلى

عليهم

المحرم

النظر والمس لما مر • ولا بأس بالمسافرة مع المحارم فكذا الأمة مع الأجانب وأم الولد
أمة وإن امتنع بيعها بدليل جواز وطئها بلا نكاح • ولا يحل الوطء إلا بأحد الملكين
قالوا هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح وأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد • ولا بأس
برزق القاضي وهذا على وجهين إما أن يكون شرطا ومعاقدة كعقد الإجارة أو يكون
كفاية ومؤنة كالنفقة • أما الأول فحرام لأن القضاء أعظم الطاعات وإذا بطل الاستئجار
على سائر الطاعات فعلى هذه أحق • ولهذا ينفذ حكم القاضي بالرشوة وإن كان ينعزل بالفسق
والجور والارتشاء خلافا للمعتزلة وأما الثاني فلا بأس به لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث عندنا ء
عتاب ابن أسيد رضي الله عنه إلى مكة وفرض له • وبعث عليا رضي الله عنه إلى اليمن
وفرض له • وفرض لمعاذ رضي الله عنه أيضا • وكان أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يأخذان
كفايتهما وعلى ذلك إجماع المسلمين ولأنه محبوس بحقوق المسلمين والحبس من أسباب
النفقة كما في أسباب النكاح والعدة والوصي والمضارب إذا سافر بمال المضاربة فتكون
نفقته في مال الغنم وهو بيت مال المسلمين وهذا إذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق وإن
كان حراما جمع بباطل لم يحل أخذه • لأن سبيل الحرام والغصب رده على أهله وليس ذلك
بمال عامة المسلمين • واتفقوا أن القاضي إذا كان محتاجا فالأفضل له بل الواجب عليه
أن يأخذ رزقه وكفايته لأنه لا يتوصل إلى إقامة ما عليه إلا بذلك • إذ الاشتغال
بالكسب يقعده عن إقامة ما عليه فلما كان القضاء فرضا عليه افترض عليه ما لا يتوصل
إليه إلا به • وإن كان غنيا فقال بعضهم أخذه حلال • لأن الغني لا يقوم للنفقة الدائمة
مع الشغل عن الكسب وتركه أفضل رفقا ببيت المال • والأصح أن أخذه أفضل
صيانة للحكم عن أن يهون عند الأمراء ونظرا لمن تولى بعده من المحتاجين • لأن
الرزق إذا انقطع زمانا يتعذر إعادته إذا نزل منزلة من يحتاج إليه • وتسميته
رزقا يدل على أنه مقدر بالكفاية في كل زمان وقد جرى الرسم بإعطائه في أول
السنة • لأن الخراج يؤخذ في أول السنة • والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية
في الصحيح وعليه الفتوى • فإن أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة هل
يجب رد رزقه مما بقي من السنة قال بعضهم يجب الرد • وعلى قياس قول محمد رحمه الله
يلزمه الرد قالوه على نفقة الزوجة إذا استعجلت فمات زوجها أو هي قبل مضي السنة
لم يرجع عندهما خلافا لمحمد رحمه الله والصحيح أنه يجب الرد • ومن كان في يده لقيط
لا أب له فإنه يجوز قبوله وقبضه الهبة والصدقة له • والأصل أن التصرف على الصغار
ثلاثة أنواع • نوع هو من باب الولاية لا يملكه إلا من هو ولي كالنكاح والشراء وبيع
أموال القنية كالنقدين ونحوهما لقيامه مقامه بإقامة الشرع • ونوع آخر ما كان
من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغار منه وبيعه • وإجارة الصغار
وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالأخ والعم والأم والملتقط إذا كان في حجرهم •

وإذا ملكه

وإذا ملكه هو فلأن يملك الولي هذا النوع أولى • إلا أنه لا يشترط في حق الولي قيام
الحجر • والنوع الثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فإنه يملكه
الأخ والعم والملتقط والصبي بنفسه إذا كان يعقل • لأنه لما كان نفعا محضا أشبه
الإنفاق عليه فيملك بالولاية والحجر والعقل تكثيرا لطريق الوصول نظرا له • ويجوز
للأم أن تؤجر ابنها إذا كان في حجرها ولا تجوز للعم والملتقط • والفرق أن الأم تملك
إتلاف منافعه بغير عوض بالاستخدام • فلأن تملك الإتلاف لمنافعه بعوض بالإجارة
أولى ولا كذلك العم والملتقط • ولو آجر الصبي نفسه لم يجز لأنه مشوب بالضرر إلا
إذا فرغ من العمل لأنه تمحض نفعا عنده فيجب المسمى • وقد مر نظيره في العبد المحجور إذا
آجر نفسه • وإن كان الصغير في عيال العم فأخذته أمه صح لأنه من الحفظ وهو عند
أبي يوسف رحمه الله • وقال محمد رحمه الله لا يجوز لأن الحفظ هنا إلى العم • والله أعلم

كتاب إحياء الموات

الموات أرض تعذر زرعها لانقطاع
الماء عنه أو لغلبة الماء عليه وما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي به لبطلان الانتفاع به مشبها
بالحيوان إذا مات وبطل الانتفاع به • ويشترط عند محمد رحمه الله أن لا يكون مملوكا لمسلم
أو ذمي مع انقطاع الارتفاق بها • لأن الميتة على الإطلاق تنصرف إلى الكامل وكماله بأن
لا يكون مملوكا لأحد لأنه إذا كان مملوكا لمسلم أو ذمي لا يكون مواتا • لأنه إن عرف
مالكه فهو له • وإن لم يعرف مالكه فهو لجماعة المسلمين • ولو ظهر له مالك يرد عليه
ويضمن الزارع نقصانها • وذكر القدوري رحمه الله فما كان منها عاديا أي قديم خرابه
كأنه خرب في عهد عاد لا ما كان لعاد ولا مالك له • أو كان مملوكا في الإسلام لا يعرف
له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لم يسمع
الصوت فيه فهو موات • وقال القاضي فخر الدين رحمه الله وأصح ما قيل فيه أن يقف الرجل
على طرف عمران القرية فينادي بأعلى صوته فإلى أي موضع ينتهي إليه صوته يكون من فناء
العمران لأن أهل القرية يحتاجون إلى ذلك الموضع لرعي المواشي أو غيرها • وما وراء ذلك
يكون من الموات إذا لم يعرف لها مالك • والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف
رحمه الله • لأن الظاهر أن ارتفاق أهلها عنه لا ينقطع إذا كان قريبا • وعند محمد رحمه الله يعتبر
انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة • وإن كان قريبا من القرية فالحاصل أن عند
أبي يوسف رحمه الله يدار الحكم على القرب والبعد • وعند محمد رحمه الله يداره على حقيقة
الارتفاق • وشمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتمد ما اختاره أبو يوسف رحمه الله • ثم
من أحياه بإذن الإمام ملكه • وإن أحياه بغير إذنه لم يملكه عند أبي حنيفة
رحمه الله • وقالا يملكه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أذن في ذلك وملكها
من أحياها حيث قال من أحيا أرضا ميتة فهي له • ولأنه مباح سبقت يده إليه فكان
أحق به كما لو أخذ صيدا أو حطبا أو حشيشا أو وجد معدنا أو ركازا في موضع لا حق

لا حد فيه. وله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه. وما رويناه محمول
على انه اذن لقوم مخصوصين لانه نصب لشرع كما مر في قوله عليه السلام من قتل
قتيلا فله سلبه. ولان هذه الاراضي كانت في ايدي المشركين ثم صارت في ايدي
المسلمين بايجاف الخيل والركاب وما يكون بهذه الصفة لا يختص احد بشيء منه
بغير اذن الامام كالغنايم. ويجب فيه العشر لانه حينئذ يكون انما الخراج باعتبار
الماء. فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فالثاني احق بها عند البعض لان الاول
ملك استغلالها دون رقبتها فاذا تركها صار الثاني احق بها. والاصح ان الاول ينزعها
عن الثاني لان الاول ملكها بالاحياء لانه عليه السلام قال فهي له واللام للملك وملكه
لا يزول بتركه. ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها من اربعة
نفر على التعاقب فعن محمد رحمه الله ان طريق الاول في الارض الرابعة. لان الرابع قصد
ابطال حقه لانها تعينت لتطرقه. ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان النص
لا يفصل. ولان الاحيا سبب الملك وهو كالمسلم في ساير اسباب الملك. الا ترى
انا نملك مال الكافر بالاستيلاء فكذا الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء فكذا فيه. ومن
حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره. لان الامام انما دفعها
الى الاول ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر والخراج. فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره
ليحصل المقصود. ولان التحجير ليس باحياء في الصحيح ليملكه به. لان الاحيا ان يجعلها
صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر المنع فانه اعلم في موضع من الموات
علامة فكانه يمنع الغير من احياء ذلك الموضع فبقي غير مملوك كما كان. وانما ترك
ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق. ولانه اذا اعلمه
يحتاج الى ان يرجع الى وطنه ويهيي اسبابه ثم يرجع الى ذلك الموضع فيحييه فجعل له
من المدة للرجوع الى وطنه. لان دار الاسلام من ادناها الى اقصاها تنقطع في سنة
فلعله انما تحجر عليه في اقصى طرف دار الاسلام وبلده في الطرف الاخر من دار الاسلام
ولاصلاح اموره في وطنه سنة وللرجوع الى ذلك الموضع سنة فلا ينبغي ان يشتغل
باحياء ذلك الموضع غيره الى ثلاث سنين. ولكن ينتظر ليرجع. وبعد مضي هذه
المدة الظاهر انه قد بدا له انه لا يريد الرجوع اليها فيجوز لغيره احياؤها. وهذا
من طريق الديانة. فاما في الحكم اذا احياها انسان قبل مضي هذه المدة فهي له لتحقق
الاحياء منه دون الاول. وصار كالاستيام فانه يكره ولكنه ان فعله صح العقد.
ثم التحجير قد يكون بوضع الاحجار عليه وقد يكون بغيره بان غرز حولها اغصانا
يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها
حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من بيرها
ذراعا او ذراعين. قال عليه السلام من حفر بيرا مقدار ذراع فهو متحجر ولو كربها

اوضرب

او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء. كذا في المبسوط. وذكر في الهداية
ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء. ولو فعل احدهما يكون تحجيرا
ولو حفر انهارا ولم يسقها يكون تحجيرا. وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود
الفعلين. وان حوطها او سنمها بحيث تعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا
اذا بذرها ولا يجوز احياء ما قرب من العامر. ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
لحصايدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة عند محمد رحمه الله ودليلا عند ابي يوسف
رحمه الله فصار كالبير والطريق. وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام ان يقطع ما لا غنى
بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا. ومن حفر بيرا في ارض
موات باذن الامام عنده او باذنه وبغير اذنه عندهما فله حريمها. لان حفر البير
احياء وان كان للعطن وهي التي ينزح الماء عنها باليد فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام
من حفر بيرا فله ما حولها اربعون ذراعا. ولان حافر البير لا يتمكن من الانتفاع بها
الا بما حولها فانه يحتاج الى ان يقف على شفير البير ليستقي الماء والى ان يبني على شفير البير ما
يركب عليه البكرة والى ان يبني حوضا يجتمع الماء فيه. والى موضع تقف فيه مواشيه
عند الشرب والى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب فاستحق الحريم كذلك. قدره
الشرع باربعين. ثم قيل ان اربعين ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة
اذرع. لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة. والصحيح ان المراد به اربعون ذراعا
من كل جانب. لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البير الاول لكيلا يحفر احد في
حريمه بيرا اخرى فيتحول اليها ماء بيره. وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل
جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة. فربما يجي احد ويحفر بيرا اخرى بقربه ويتحول
ما البير الاول اليه فيتعطل عليه منفعة بيره. وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع
هذا الضرر بيقين. وان كان للناضح وهي التي ينزح الماء منها بالبعير فكذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله اربعون ذراعا. وعندهما حريمها ستون ذراعا لقوله عليه السلام
حريم العين خمسمائة ذراع. وحريم بير العطن اربعون ذراعا وحريم بير الناضح ستون
ذراعا. ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة صاحب بير الناضح اكثر لانه يحتاج
الى موضع يسير فيه الناضح ليستقي الماء من البير فقد يطول الرشا. وفي بير العطن انما يستقي
بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت. وله ما روينا ولا فصل فيه بين العطن
والناضح فهو عليهما. ومن اصله ان العام المتفق على قبوله والعمل به يترجح على الخاص المختلف
في قبوله والعمل به. ولهذا رجح قوله ما اخرجت الارض ففيه العشر على قوله ليس فيما
دون خمسة اوسق صدقة. وعلى قوله وليس في الخضراوات صدقة. ورجح اصحابنا
رحمهم الله قوله عليه السلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا. ولان استحقاق الحريم
حكم ثبت بالنص بخلاف القياس. لان بخلاف الاستحقاق باعتبار عمله وعمله في موضع

البئر خاصة، وكان ينبغي أن لا يستحق شيئا من الحريم، ولكنا تركنا هذا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الآثار ثبت الاستحقاق، وما زاد على ذلك مما اختلف فيه الآثار عملنا بالقياس ولم يثبت الاستحقاق بالشك لأنه قد يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما، ويمكنه أن يدير البعير فلا يحتاج إلى زيادة مسافة وحريم العين خمسمائة ذراع لما روينا ولأنه يحتاج إلى زيادة المسافة، إذ العين إنما تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الماء إلى الزراعة، ولهذا قدرنا بالزيادة والتوقيف ورد بخمسمائة فاتبعناه، إذ لا مدخل للرأي في المقادير، ثم عند بعضهم خمسمائة من الجوانب الأربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا، والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب، والذراع هو المكسرة وهو ست قبضات، وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة، وقيل إن التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابتها، وفي أراضينا يزاد لرخاوتها لئلا يتحول الماء إلى الثانية فتتعطل الأولى، فمن أراد أن يحفر في حريمها منع من الحفر في حريمها لأن حريم البئر صار مملوكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الثاني متعديا بها بتصرفه في ملكه، فإن حفر آخر بئرا في حريم الأولى فللأول أن يسد ما حفره الثاني ولا يضمنه النقصان وللأول أن يأخذه بكبس ما احتفره لأن إزالة جناية حفره كما في الكناسة يلقيها في دار غيره يؤخذ برفعها، وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح، وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه لأنه غير متعد في حفره، إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إن كان بغير إذنه عندهما، وعنده يجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير إذن الإمام وإن لم يثبت له الإذن بذلك وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره، وإن حفر الثاني بئرا بإذن الإمام في غير حريم الأول وهي قريبة منه فذهب ماء البئر الأول وعرف أن ذلك ذهاب من حفر الثاني فلا شيء عليه لأنه غير متعد فيما صنع والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد فليس له أن يخاصمه في تحويل ماء بئره إلى البئر الثاني، كالتاجر إذا كان له حانوت فاتخذ بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الأول بذلك لم يكن له أن يخاصم الثاني، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه، وحريم القناة بقدر ما يصلحه، وعند محمد رحمه الله أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل هذا عندهما وأما عنده فلا حريم له ما لم يظهر الماء على وجه الأرض لأنه نهر في الحقيقة فيعتبر بالنهر الظاهر، قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع، وحريم شجرة تغرس في أرض موات خمسة أذرع حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا في حريمه لأنه يحتاج إلى الحريم لجداد ثمره وللوضع فيه وغير ذلك، وقد صح أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر وأراد أن

يغرس

يغرس شجرة أخرى بجنبها فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة أذرع وأطلقه للآخر فيما وراء ذلك، وما ترك الفرات أو دجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده عليه لم يجز إحياؤه لحاجة النهر إليه، وإن لم يحتمل أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريما لعامر لأنه ليس في ملك أحد إذ قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يقيم بينة على ذلك، وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه، وأصل هذه المسألة أن من حفر نهرا في أرض موات بإذن الإمام في موضع لا حق لأحد فيه لا يستحق له حريما عنده وعندهما يستحق له حريما من الجانبين لأن استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين، وهذا لأنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر ليجري الماء في النهر إذا احتبس بشيء وقع في النهر إذ لا يمكنه المشي في وسط النهر، وكذا يحتاج إلى موضع يلقي عليه الطين عند الكري وفي النقل إلى أسفله من الحرج ما لا يخفى، وله أن استحقاق الحريم فيهما بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناهما من كل وجه، والنهر ليس في معناهما لأن الحاجة ثم متحققة في الحال، وهاهنا الحاجة موهومة باعتبار الكري، وقد يحتاج إلى ذلك وقد لا يحتاج، ولأن الانتفاع لا يتأتى في البئر بدون الحريم وهاهنا يتأتى إلا أنه يلحقه في ذلك بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر، فأخذنا فيه بأصل القياس ألا ترى أن من بنى قصرا في مفازة لا يستحق لذلك حريما وإن كان يحتاج إليه لإلقاء الكناسة فيه لعدم ورود النص، فإذا ثبت من أصلهما أن صاحب النهر يستحق الحريم فعند المنازعة الظاهر شاهد له، وعنده لما لم يستحق النهر حريما فالظاهر شاهد لصاحب الأرض لما نذكر إن شاء الله تعالى، والوجه لهما في هذه المسألة على سبيل الابتداء أن القول لذي اليد عند المنازعة، وصاحب النهر مستعمل لحريم النهر لاستمساك الماء في النهر به وإلقاء الطين عليه والاستعمال يد، فباعتبار أنه في يده جعل القول قوله كما لو تنازعا في ثوب واحدهما لابسه، وله أن الحريم أشبه بالأرض صورة لاستوائهما بخلاف النهر ومعنى لصلاحيتهما للغرس والزراعة، والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه، كما لو تنازعا في مصراع باب ليس في يديهما والمصراع الآخر مغلق على باب أحدهما يقضى لمن في يده ما هو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع النزاع، والأصل أن من صار مقضيا عليه في حادثة لا يصير مقضيا له فيها إلا إذا كان قضاء ترك، ولا منازعة فيما به استمساك الماء إنما المنازعة فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه إن كان صاحب النهر يمسك ماء نهره به فصاحب الأرض يدفع الماء بالحريم عن أرضه فقد استويا في استعمال الحريم وترجح صاحب الأرض من الوجه الذي قررناه ولكن ليس له أن يهدمه لأن لصاحب النهر حق استمساك الماء في نهره فلا يكون لصاحب الأرض أن يبطل حقه بهدمه، كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يكون لصاحب الحائط أن يهدم الحائط وإن كان مملوكا له

رقابة لحق صاحب الجذوع • وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة • وارض لرجل
خلف المسناة يلزقها وليست المسناة في يد احدهما بان لم يكن لاحدهما عليه غرس ولا
طين ملقى لصاحب النهر فادعى صاحب الارض المسناة وادعى صاحب النهر ايضا فهو
لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله • وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك
فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف • وهو ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما
وان لا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما • اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل
اولى به بالاجماع لانه صاحب يد • وثمرة الخلاف تظهر في موضعين احدهما انه
اذا كان على المسناة اشجار لا يدرى من غرسها فعنده الاشجار لرب الارض وعندهما
لرب النهر • وثانيهما ان ولاية الغرس على المسناة لرب الارض عنده • وعندهما لرب
النهر والقاء الطين قيل هو على الخلاف • وقيل ان لرب النهر ذلك ما لم يفحش وهو الصحيح
وان اراد ان يمر عليه صاحب النهر فقيل ليس له ذلك عنده • والاشبه ان لا يمنع اذا لم يكن
فيه ضرر • وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله اخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين
ثم عن ابي يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب • وعن محمد
رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصول في مسائل الشرب الفصل الاول في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة
فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني ادم عليه السلام والبهائم • اعلم ان المياه
انواع ماء البحار • ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان
يكري منها نهرا الى ارضه لم يمنع من ذلك لان الانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر
والهواء والطرق العامة • فان هذا الماء ليس لاحد فيه حق على الخصوص • فان ذلك الموضع
غير داخل تحت قهر احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه
شاء • والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلاء والنار • اما
الماء فلانه صار موجودا بايجاد الله تعالى في مكانه فبقي على الاباحة فاذا اخذه وجعله
في وعاء صار احرزه وجاز بيعه كالصيد يصير مملوكا بالاستيلاء • واما الكلاء
فهو الحشيش الذي ينبت من غير ان ينبته احد فلا يملكه صاحبه لكونه في ارضه فان
قطعه غيره ولحرزه ملكه وصار اخص به • واما النار فمعنى اثبات الشركة
فيها الانتفاع بضوءها والاصطلاء بها • وليس لمن اوقدها ان يمنع غيره من الاقتباس
منها • فاما اذا اراد ان ياخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك لانه ملك صاحبه لا يجوز
لاحد اخذه الا باذنه • والثاني ماء الاودية العظام كجيحون نهر بلخ وخوارزم
وسيحون نهر الترك ودجلة بغير حرف التعريف نهر بغداد • والفرات نهر الكوفة
فللناس فيه حق الشفة على الاطلاق وسقي الاراضي • فان احيى واحد ارضا ميتة وكرى
منها نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة وكرى النهر في ملك احد فله ذلك لكونها

مباحة

مباحة في الاصل فقهر الماء يدفع قهر غيره • وان كان يضر بالعامة فلا يكون له
ذلك دفعا للضرر عنهم وذلك في ان يميل الى هذا الجانب اذا انكسر صفته فتغرق القرى
والاراضي • وعلى هذا اذا نصب الرحى عليه فشق النهر للرحى كشقه للسقي • والثالث
اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت لما روينا فانه يتناول الشرب والشرب
نرخص منه الشرب فبقي منه الشرب • ولان البئر ونحوها لم توضع للاحراز
والمباح لا يملك بغير الاحراز كالظبي اذا تكنس في ارضه • ولان الحاجة الى الماء تتجدد
في كل وقت ومن سافر لا يمكنه ان يستصحب الماء من وطنه لذهابه وايابه
فيحتاج الى اخذ الماء من الانهار والابار التي تكون على طريقه لنفسه ودابته ففي المنع
من ذلك حرج بين • وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها فلاهل النهر
منعه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص بهم ولا ضرورة فيه • وفي اباحة ذلك
بطلان منفعة الشرب • والرابع الماء المحرز في الاواني فهو مملوك له بالاحراز
فانقطع حق غيره عنه كالصيد الماخوذ ولكن بقيت فيه شبهة الشركة
نظرا الى ما روينا فيعمل فيما سقط بالشبهات • حتى لو سرقه انسان في موضع يعز
وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده • ولو كانت البئر او العين او الحوض او النهر
في ملك رجل فله ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه • واذا كان يجد ماء
اخر بقرب هذا الماء في غير ملك احد لانه لا يتضرر به • وان كان لا يجد ذلك يقال
لصاحب النهر اما ان تخرج الماء اليه او تتركه لياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر
ضفته لان له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة • وقيل هذا اذا احتفر
في ارض مملوكة • اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له منعه • لان الموات كان
مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك وهو العشر والخراج فلا يقطع الشركة
في الشفة • ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه ودابته العطش له ان يقاتله بالسلاح
لانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه • لان الماء في البئر مباح غير مملوك وان كان
الماء محرزا في الاواني فليس للذي يخاف الهلاك من العطش ان يقاتل صاحب الماء بالسلاح ح
على المنع ولكن يقاتله على ذلك بغير سلاح لانه ملك محرز لصاحبه • ولهذا كان الاخذ
ضامنا له • وكذا الطعام عند اصابة المخمصة • وقيل في البئر ونحوها الاولى ان
يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير له • والشفة
اذا كان ياتي على كل الماء بان كان جدولا صغيرا • وفيما يرد من الابل والمواشي
كثرة ينقطع الماء بشربها اختلفوا في هذا الفصل فقال بعضهم لا يمنع منه
لاطلاق ما روينا ولانه من الشفة • وقال اكثرهم له ان يمنع لان الشفة ما لا يقطع
حق صاحب النهر وهذا يقطع حقه فصار كسقي الاراضي والنخيل ولهم ان ياخذوا
الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الاصح • وقال بعضهم يتوضا في النهر ويغسل

الثياب فيه قلنا فيه من الحرج ما لا يخفى • وإن أراد أن يسقي شجرًا أو خضرًا في داره
يحمل الماء إليه بالجرة له ذلك • وقال بعض أئمة بلخ رحمهم الله ليس له ذلك إلا بإذن صاحب
النهر • والأول أصح لأن الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة • وقد
قال عليه السلام إن الله تعالى يحب معالي الأمور ويبغض سفسافها • وليس له أن
يسقي أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصًا
وله أن يمنع من ذلك لأن الماء متى دخل في المقاسم انقطعت شركة الشرب بالكلية
إذ لو بقيت ينقطع شرب صاحبه • ولأنه إذا أحفى بئرًا من هذا النهر إلى أرضه تنكسر
به صفة نهره وليس له أن يكسر صفة نهر الغير • وكذا في البئر يحتاج إلى أن يشق
نهرًا من رأس البئر إلى أرضه وما حول البئر حق صاحب البئر حريمًا له فليس لغيره
أن يحدث شيئًا من ذلك • وكذا إن كان يريد أن يجري ماءه في هذا النهر
مع صاحب النهر ليسقي به أرضه لأن النهر ملك خاص لأهل النهر فلا يجوز أن ينتفع
بملك الغير إلا بإذنه فإن أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به • لأن المنع لحقه
فإذا رضي به فقد زال المانع **الفصل الثاني في كري الأنهار** اعلم أن الأنهار ثلاثة
نهر غير مملوك لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ودجلة والنيل فكريه على
السلطان إن احتاج إليه من بيت مال المسلمين • لأن ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال
بيت المال معد للصرف إلى مصالحهم • فإن لم يكن في بيت المال شيء فللإمام أن يجبر الناس
على كريه لأنه نصب ناظرًا للمسلمين وفي تركه ضرر عام فالعوام قلما ينتفعون من
غير إجبار وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم • إلا أنه
يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم
كما في تجهيز الجيوش • ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام • ونهر
خاص دخل ماؤه تحت القسمة وهو خاص • والفاصل بينهما أن ما يستحق صاحبه
الشفعة كما مر فهو خاص وما لا تستحق به الشفعة فهو عام وكريهما على أهلهما
لا على بيت المال لأن المنفعة تعود إليهم على الخصوص فتكون مؤنة الكري عليهم
على الخصوص لأن الغرم بالغنم • ومن أبى منهم في النهر الثاني يجبر على كريه لأن
فيه دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء بتحمل الضرر الخاص مع أن في مقابلته
عوضًا • ولو أرادوا أن يحصنوه حذر الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الأراضي وفساد
الطرق يجبر الآبي منهم لأن في ترك الإجبار هنا تهييج الفتنة وتسكين الفتنة
لازم شرعًا وإن لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر عليه • لأن التدبير في الملك يكون
إلى المالك • وإذا لم يكن فيه ضرر عام كان له رأي في ذلك من التعجيل والتأخير
ورب ما لا يتمكن منه في كل وقت ولا يتفرغ لذلك • بخلاف الكري في أوقات معلومة
عادة وهم قد التزموه عادة • فالذي يأبى الكري يريد قطع منفعة الماء عن نفسه

وشركائه

النهر الخاص صح

وشركائه وليس له ذلك فلهذا أجبر عليه • فأما الإحصان فموهوم غير معلوم الوقوع
فإذا لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الممتنع عن ذلك لخوف موهوم • وفي النهر الثالث قيل يجبر
الآبي عن الكري كما في النهر الثاني لما بينا • وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص
هنا ويمكن دفع ضرر الشركاء عنهم بالرجوع على الآبي بحصة ما أنفقوا فيه إذا كان بأمر
القاضي فاستوى الجانبان • بخلاف النهر الثاني لأن حصة ما أنفقوا ثمة لا يقبل التقسيم
على الجمع العظيم لقلته وكثرتهم • فإن قيل في كري الأنهار الخاصة إحياء حق صاحب
الشفعة فيكون في تركه ضرر عام • قلنا لا يجبر لأجل حق الشفعة كما لو امتنعوا جميعًا
عن الكري فإنه لا يجبرهم الإمام على ذلك • لأنهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم ودورهم
ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا جاوز أرض رجل رفع عنه عند أبي حنيفة
رحمه الله • وقالا مؤنة الكري عليهم جميعًا من أوله إلى آخره بحصص الشرب والأراضين
وبيانه أن الشركاء في النهر إذا كانوا عشرة فمؤنة الكري من أول النهر على كل واحد
منهم عشرة إلى أن يجاوز أرض أحدهم فحينئذ يكون مؤنة الكري على الباقين أتساعًا إلى أن
يجاوز أرضًا أخرى ثم يكون على الباقين أثمانًا على هذا التفصيل إلى آخر النهر • وعندهما المؤنة
عليهم أعشارًا من أول النهر إلى آخره • لأن لصاحب الأعلى حقًا في أسفل النهر لحاجته لتسييل الفاضل
من الماء فيه فإنه إذا سد ذلك فاض الماء على أرضه فأفسد زرعه فتبين أن كل واحد منهم
ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره • ولهذا يستحق الشفعة بمثل هذا النهر وحق هذا الأعلى
وأهل الأسفل في ذلك على السوى • فإذا استووا في الغنم يستوون في الغرم فمؤنة
الكري وله أن مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر بسقي الأرض منه فإذا جاوز الكري أرض
رجل فليس له في كري ما بقي منفعة سقي الأرض فلا يلزمه شيء من مؤنة الكري ثم منفعته
في أسفل النهر من حيث إجراء فضل الماء فيه وصاحب المسيل لا يلزمه شيء من عمارة ذلك
الموضع باعتبار تسييل الماء فيه • ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره
لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق ثم هو يتمكن من دفع الضرر عن نفسه
بدون كري أسفل النهر بأن يسد فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عن الماء • وزعم بعض
مشايخنا رحمهم الله أن الكري إذا انتهى إلى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة والأصح
أن عليه مؤنة الكري إلى أن يجاوز حد أرضه كما أشار إليه في الأصل لأن له رأيًا في اتخاذ
الفوهة من أعلاه وأسفله فهو منتفع بالكري منفعة سقي الأرض ما لم يجاوز أرضه • فإذا
جاوز الكري أرض رجل وسقطت عنه مؤنة الكري فهل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه قيل
له ذلك • لأن الكري قد انتهى في حقه حيث سقط عنه مؤنته • وقيل ليس له ذلك
ما لم يفرغ شركاؤه من الكري نفيًا لاختصاصه بالانتفاع بالماء دون شركائه
وللتحرز عن هذا الخلاف جرت العادة أن يؤخذ في الكري من أسفل النهر إذ يترك بعض النهر
من أعلاه حتى يفرغ من أسفله • وليس على أهل الشفعة من الكري شيء لأنهم لا يحصون •

ومؤنة الكري لا تستحق على قوم لا يحصون ولانهم اتباع والمؤنة على الاصول دون الاتباع

الفصل الثالث في الدعوى في الشرب والاختلاف فيه والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا. والقياس ان لا تصح. لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة. والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام. وجه الاستحسان ان الشرب قد يملك بغير الارض ارثا ووصية. وقد تباع الارض ويبقى الشرب فيبقى له الشرب وحده وهو مرغوب فيه منتفع به فتصح فيه الدعوى. واذا كان لرجل ارض ولرجل فيها نهر يجري واراد رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر في يد رب النهر لانه مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله في انه ملكه. فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا سأله البينة ان هذا النهر له. فان جاء ببينة قضي له لاثباته بالحجة ملكا له. وان لم يكن له بينة على اصل النهر وجاء ببينة انه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه حتى يسقيها منه قضي له ايضا لانهم شهدوا له بحق مستحق في هذا النهر وهو المجرى. وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب او المسيل في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظير ما في الشرب. واذا كان نهر بين قوم لهم عليه ارضون واختصموا في الشرب فالشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها. فالظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته. وهذا بخلاف الطريق اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الطريق وضيقها. لان المقصود ثم التطرق وهو في الدار الواسعة والدار الضيقة صفة واحدة بخلاف الشرب. فان كان الاعلى لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ان يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان في السكر قطع منفعة الماء عن الاسفل في بعض المدة. ولان في السكر احداث شيء في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون اذن الشركاء. فاذا تراضوا على ان الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم. ولكن ان تمكن من ان يسكر بلوح او باب فليس له ان يسكر بالطين والتراب لان به يتكبس النهر عادة وفيه اضرار بالشركاء الا ان يتراضوا على ذلك. وليس لاحد منهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا ان يرضى اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر المشترك وشغل ملك مشترك بالبناء الا ان تكون رحى لا تضر بالماء ولا بالنهر ويكون موضعها في ارض صاحبها فانه يجوز لان ما يحدثه في خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينتقص الماء بل ينتفع صاحب الرحى بالماء مع بقاء الماء بحاله. ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته. وبالماء ان يتغير عن سننه الذي يجري الماء عليه. والدالية والسانية بمنزلة الرحى. ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة

الا برضاهم

الا برضاهم بمنزلة طريق خاص بين قوم. والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح. والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع. واذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه. وان كان مقنطرا مستوثقا منه فاراد ان ينقض ذلك لعلة او غير علة فان كان لا يزيد ذلك في اخذ الماء فله ذلك لانه يرفع ما هو خالص ملكه. وان كان يزيد في اخذ الماء منع منه لحق الشركاء. فان اراد ان يوسع فم النهر منع من ذلك لانه يكسر ضفة النهر به ويزيد على قدر حقه في اخذ الماء. اما في الموضع الذي لا يكون القسمة بالكوى فظاهر. وكذا في الموضع الذي يكون القسمة بالكوى لانه اذا وسع فم الكرى النهر تحتبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كوته اكثر مما يدخل اذا لم يوسع فم النهر. وكذا اذا اراد ان يؤخر الكوى عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع من فم النهر الى اسفله فليس له ذلك لان الماء يحتبس في ذلك الموضع فيزداد دخول الماء. ولو اراد ان يسفل كواه او يرفعها يكون له ذلك في الاصح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والعلو والترفع هو العادة. فانما يمنع من توسيع الكوة ولا يمنع من ان يسفلها او يرفعها لانه ليس فيه تغيير ما وقعت القسمة عليه. ولو وقعت القسمة بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان الاصل انما وجد قديما يترك على حاله ولا يغير الا بحجة فتترك الامور محدثاتها. ولو كان لكل منهم كرى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الماء في هذا النهر الخاص قد وقع في المقاسم والشركة في هذا النهر شركة خاصة فليس لبعض الشركاء ان يزيد فيما يستوفي على مقدار حقه سواء اضر ذلك بالشركاء ام لم يضر. ولو كانت الكرى في النهر الاعظم فزاد في ملكه كوة او كوتين ولا يضر ذلك بالنهر فله ذلك لان الماء في النهر الاعظم لم يدخل في المقاسم بعد فهو على اصل الاباحة كما كان فزيادة كوة او كوتين في خالص ملكه اقوى من شق النهر ابتداء من هذا النهر الاعظم وهو غير ممنوع عنه فهذا امثله. وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى لم يكن لها في ذلك النهر شرب فيما مضى لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ادعى لهذه الارض شربا من هذا النهر مع الاولى واستدل لذلك باجراء الماء فيه من ذلك النهر الى هذه الارض. وكذا لو اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى فليس له ذلك لانه يستوفي فوق حقه والارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان ينتهي الى هذه الارض الاخرى. وهذا كطريق بين قوم فاراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى وساكن تلك الدار غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق فهو ممنوع من ذلك بخلاف ما اذا كان ساكن الدار واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد ولهم المرور

ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار. نهر بين رجلين له خمس كوى من النهر الأعظم
واحد الرجلين أرضه في أعلى النهر والآخر أرضه في أسفل النهر فقال صاحب الأعلى
إني أريد سد بعض هذه الكوى لأن ماء النهر يكثر فيفيض في أراضي وتنز منه فليس
له ذلك لأنه يقصد الإضرار بشريكه بسد بعض الكوى لأنه يتعذر ذلك ينقص
منفعته وليس لأحد الشريكين أن يتصرف في المشترك على وجه يلحق الضرر بشريكه
وكذا لو قال أجعل لي نصف النهر ولك نصفه فإذا كان في حصتي سددت منها ما
بدا لي وأنت في حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك لأن القسمة قد تمت بينهما
مرة بالكوى فلا يكون لأحد أن يطالب بقسمة أخرى ولأن الانتفاع بالماء في القسمة الأولى
لكل واحد منهما مستدام إلا فيما يطالب هذا فإن تراضيا على ذلك فلهما ما تراضيا
عليه. فإن أقاما على هذا التراضي زمانا ثم بدا لصاحب الأسفل أن ينقض فله ذلك لأن
كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب. وللمعير أن يرجع متى شاء وكذا
لورثته بعد موته لأنهم خلفاؤه في ذلك. وهذا لأنه لا يمكن أن يجعل ما تراضيا
عليه مبادلة فإن بيع الشرب بالشرب أو إجارة الشرب بالشرب باطل. لأنه بيع
الجنس بالجنس نسيا. إذ ماء الغد ليس بموجود في اليوم فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيا
ولأن معاوضة الماء بمال معلوم لا يجوز لجهالة الشرب والقدر فلأن لا يجوز معاوضة
الشرب بالشرب أولى. والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه لأنه قد يملك
بالإرث ما لا يملك بسائر أسباب الملك كالقصاص والدين والخمر فإنها تملك بالإرث
فكذا الشرب والوصية أخت الميراث. بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية
بذلك المال حيث لا يجوز للغرر أو للجهالة أو لعدم الملك فيه في الحال أو المآل ولأنه ليس
بمال متقوم. حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية
الأصل. وإن اختار فخر الإسلام رحمه الله أنه يضمن. وإذا بطلت العقود فالوصية
بالباطل باطلة ولو تزوج امرأة على شرب بغير أرض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب
شيء. لأن الشرب بدون الأرض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة. ولأنه ليس بمال
متقوم حتى لا يضمن بعقد ولا بغير ويجب مهر المثل لأنه مجهول جهالة فاحشة
فلم تصح تسميته. وكذا لو اختلعت المرأة من زوجها على شرب بغير أرض صح
الخلع وعليها أن ترد المهر الذي أخذت. لأنها أطمعت الزوج بهذه التسمية ما هو متقوم فيه
فيصير غارة له بهذه التسمية والغرور في الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت بما في
بيتها من المتاع وليس في بيتها شيء. والصلح من الدعوى على الشرب باطل لأنه لا يملك بشيء من العقود
فما لا يملك بشيء من العقود فالصلح عليه باطل وصاحب الدعوى على دعواه. ولو مات
صاحب الشرب وعليه ديون لم يبع شربه بدون الأرض في دينه إلا أن يكون معه أرض
فيباع مع أرضه. لأن في حال حياته لا يجوز منه بيع الشرب بدون الأرض فكذا بعد

موته

موته. ثم الإمام ماذا يصنع بهذا الشرب قيل يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك الماء في كل
نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين. والأصح أنه ينظر إلى
أرض لا شرب له فيضم ذلك الشرب إلى أرضه ويبيعهما برضى صاحبها ثم ينظر إلى قيمة
الأرض بدون الشرب فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت. وإن لم
يجد ذلك اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب إليها
وباعهما فيؤدي دينه من الثمن ثمن الأرض المشتراة فالفاضل للغرماء. وإذا أسقى الرجل
أرضه أو مخرها أي ملأها ماء فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره
من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه مسبب غير متعد فلا يضمن. وهذا لأن كون
الفعل علة للشيء إنما يعرف بالأثر للأثر له والأثر لفعله اجتماع الماء في أرضه فإنما صارت — الأثرم
أرض جاره ذات نز بالشرب والاجتذاب وهو أمر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون فلا
يضاف إلى فعله إلا أنه لولا فعله لما حصل هذا الفساد فصار فعله في حق هذا الأثر سببا
محضا والمسبب إنما يضمن إذا تعدى كحافر البئر وواضع الحجر وفعله في أرضه مباح فلم
يضمن. قالوا هذا إذا سقى أرضه سقيا معتادا تحتمل أرضه عادة. أما إذا سقى سقيا لا تحتمل
أرضه فيضمن لأنه أجرى الماء إلى أرض جاره تعديا.

كتاب الأشربة

هي جمع شراب وهي كل ما يشرب من المائعات والمراد بها في هذا الكتاب ما حرم
منها وكان مسكرا. وسمي هذا الكتاب بها لأن فيه بيان أحكامها كما سمي كتاب
البيوع والحدود لما فيه من بيان أحكامها. الأنبذة كلها حلال إلا أربعة أحدها
الخمر وهي التي من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد. وقال بعضهم كل
مسكر خمر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر. وقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين وأشار إلى العنب والنخلة. وقوله عليه السلام الخمر من خمسة أشياء وذكر العنب
والتمر والحنطة والشعير والعسل ولأن الخمر ما خامر العقل وكل مسكر فهو خامر
للعقل. ولنا أن الاسم للني من ماء العنب إذا صار مسكرا حقيقة باتفاق أهل اللغة
حتى اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره فيسمى مثلثا أو باذقا أو غيره فكان هذا الاسم
لغيره مجازا وقد أريدت الحقيقة فبطل المجاز. وسمي الخمر لمخامرته العقل وهب — لتخمره لا
أنه سمي بها لمخامرة العقل فهذا لا يدل على أن كل ما خامر العقل يسمى خمرا. فالفرس
الذي يكون أحد شقيه أبيض والآخر أسود يسمى أبلق. ولا يسمى الثوب الذي فيه لون
السواد والبياض بهذا الاسم. وكذا النجم يسمى نجما لظهوره يقال نجم أي ظهر
ثم لا يدل ذلك على أن كل ما يظهر يسمى نجما. والقارورة تسمى بها لمعنى القرار وهذا
الاسم لا ينطلق على غيره. وإن كان المعنى موجودا وهو كمس والحديث الأول
طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله فإنه قال ثلاثة أحاديث لم يصح روايتها عن
النبي صلى الله عليه وسلم أحدها هذا. وثانيها من مس ذكره فليتوضأ وثالثها

كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل. فالمراد بالنافي بيان
الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة لأنه عليه السلام بعث لبيان الأحكام لا لبيان الحقائق.
وما ذكرنا في حد الخمر قول أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما إذا اشتد صار خمرا ولا يشترط
القذف بالزبد لأن هذا الاسم إنما يثبت لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذا باعتبار
صفة الاشتداد وهو المؤثر في إيقاع العدوان والصد عن ذكر الله تعالى باعتبار اللذة
المطربة والقوة المسكرة فيها. فأما بالغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تأثير
لهما في إحداث صفة السكر. وله أن القذف بالزبد والغليان من آثار الحلاوة
وما دام شيء من الحلاوة باقيا كان المعنى الأصلي قائما فلا يثبت اسم الخمر إلا إذا سكن
وقذف بالزبد وتميز الصافي من الكدر. ولأن حكم الإباحة كان باقيا للعصير بيقين فلا يزول
ذلك إلا بيقين مثله. وأحكام الشرع المتعلقة بالخمر مقطوع بها كالحد وإكفار المستحل
وحرمة البيع والنجاسة فناط بالنهاية لما في النقصان من شبهة العدم. ولا يصح إثباتها
بالشبهة. وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا. ثم إن عينها
حرام قل أو كثر غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه. ومن الناس من أنكر حرمة عينها وزعم
أن السكر حرام إذ به يحصل إيقاع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله تعالى. وذلك
باطل مخالف للكتاب والسنة وإجماع الأمة فكان كفرا منه. ولأن الله تعالى سماها رجسا
وهو اسم للحرام النجس عينا بلا شبهة. وجاءت السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم متواترة
أنه حرم الخمر لعينها. ولأن قليلها يدعو إلى كثيرها وهو من خواص الخمر فإنه يزداد
لشاربه اللذة بالاستكثار منها بخلاف غيرها من الأشربة ففيها من الغلظة ما لا يدعو
قليلها إلى كثيرها. فقد قيل ما من طعام وشراب إلا ولذته في الابتداء تزيد
على اللذة في انتهائه إلا الخمر. ولهذا يزداد حرصه على شربها إذا أصاب منها شيئا. وإذا
كان قليلها يدعو إلى الكثير كان محرما كالكثير. ألا ترى أن الزنا لما حرم حرمت دواعيه
أيضا وقد أكد تحريم الخمر بوجوه فإنه صدر الجملة بإنما وقرن بعبادة الأصنام.
ومنه قوله عليه السلام شارب الخمر كعابد الوثن. وجعلها رجسا وجعلها من عمل
الشيطان فلا يأتي منه إلا الشر البحت وجعل الاجتناب من الفلاح وإذا كان
الاجتناب فلاحا كان الارتكاب خيبة وخسارا. فقوله فهل أنتم منتهون من أبلغ
ما ينهى به كأنه قال تلي عليكم ما فيه من أنواع الصوارف والموانع وهو وقوع التعادي
والتباغض والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فهل أنتم منتهون مع هذه الصوارف
أم أنتم على ما كنتم عليه كأن لم توعظوا ولم تزجروا. وهي غير معلولة عندنا حتى
لم يتعد حكمها إلى سائر المسكرات. والشافعي رحمه الله جعلها معلولة بالمخامرة وعدى
حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر.
وهذا مخالف للسنة المشهورة فإنه عليه السلام قال حرمت الخمر لعينها والسكر

وأمر بالاجتناب

من كل شراب

من كل شراب. ولأنه علل التعدية في الاسم وشرط التعدية للأحكام دون الأسماء لأنه يجوز
التعدية مع اختلاف المعاني. وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لأنها ثبت
رجسا بالنص القطعي. ويكفر مستحلها لأن حرمتها قطعية لثبوتها بالكتاب والسنة المتواترة
وإجماع الأمة. وسقط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها.
لأن صاحب الشرع متى نجسها فقد أهانها فبطل تقومها ضرورة. إذ تقومها ينبئ عن عزتها
والبيع ينبني على التقوم وكذا الضمان ولم يوجد. واختلفوا في سقوط ماليتها والصحيح
أنها مال لجريان الشح والضنة فيها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لم يحل له
أخذه ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع غير منعقد وهي غصب في يده أو أمانة على
حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة. ولو كان الدين على ذمي يؤديه من ثمن
خمر فالمسلم الطالب يستوفيه. لأنها مال متقوم في حق الكافر وبيعها جائز عنده وقد
مر في الكراهية. ويحرم الانتفاع بها لأنه لما كان رجسا نجس العين واجب الاجتناب
حرم الانتفاع به ضرورة. ويحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه السلام من
شرب الخمر فاجلدوه وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم. وهي ثمانون جلدة عندنا
وعند الشافعي رحمه الله أربعون وقد مر في الحدود. ولا يؤثر الطبخ فيها لأن الطبخ
في الشرع للمنع من ثبوت الحرمة لا لإبطالها بعد ثبوتها. وهذا لأن الطبخ أثره في إزالة
صفة الإسكار. وبعدما صار خمرا لا يؤثر فيها. ثم قيل لا يحد فيه ما لم يسكر منه
لأن الحد بالقليل مخصوص بالني وهذا مطبوخ. وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله
يحد من شرب منها قليلا كان أو كثيرا. ويجوز تخليلها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله.
وثانيها الطلاء أي العصير إن طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه فهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى
الباذق. ومنها المنصف وهو الذي طبخ حتى ذهب نصفه وبقي نصفه وحكمه حكم الباذق.
وكل ذلك حرام عندنا إذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو اشتد على الاختلاف. وقال
الأوزاعي هو مباح وهو قول بعض أصحاب المعتزلة لأنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله
إلى كثيره ويجتمع الفساق على شربه كما يجتمعون على شرب الخمر فكان حراما
كالخمر. بخلاف المثلث لأنه غليظ. وثالثها السكر أي التي من ماء الرطب إذا صار مسكرا
وهو حرام. وقال شريك ابن عبد الله هو حلال لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والأعناب
تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا. ذكره في موضع المنة وهي لا تتحقق بالمحرم فأوجب
إباحته. ولنا إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك. وقال عليه السلام الخمر
من هاتين الشجرتين والنص محمول على ما قبل التحريم على وجه التوبيخ أي تتخذون
منه سكرا وتدعون أنه رزق حسن. ورابعها نقيع الزبيب أي التي من ماء الزبيب
إن اشتد وغلا فهو حرام عندنا خلافا للأوزاعي على ما مر. ثم حرمة هذه الثلاثة
دون الخمر لأن حرمة الخمر قطعية. وحرمة الثلاثة بضرب من الاجتهاد حتى جاء

بيع غير الخمر من هذه الاشربة وضمن متلفها عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يكفر مستحلها
وانما يضلل بخلاف الخمر فانه لا يصح بيعها ولا يضمن متلفها وقالا لا يجوز بيعها ولا يضمن
متلفها كالخمر لانها حرام كالخمر وله انها كانت اموالا متقومة ولم يوجد دليل
قطعي لسقوط تقومها بخلاف الخمر ثم عنده يجب قيمتها لا مثلها لان المسلم ممنوع
من التصرف في الحرام فلا يكون مأمورا باعطاء المثل وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين ولا ينتفع
بها بوجه من الوجوه ايضا ويحد شارب قطرة من الخمر ولا يحد شارب هذه
الجملة ما لم يسكر ونجاسة الخمر غليظة ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة
في اخرى وفي الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به وهذا الجواب
على هذا العموم نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند
ابي حنيفة رحمه الله حتى لا يجب الحد وان سكر منه عنده والسكران منه اذا طلق
امراته لم يقع عند ابي حنيفة رحمه الله بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه ومن ذهب عقله
بالبنج ولبن الرماك وعند محمد رحمه الله هو حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع
طلاقه اذا سكر منه بمنزلة السكران من الاشربة المحرمة وعن ابن عباس رضي الله
عنهما كل نبيذ يفسد اماته فلا باس بشربه وكل نبيذ يزداد جودة على طول الترك
فلا خير فيه اراد به التي من ماء الزبيب والتمر فانه ما دام حلوا او لم يصر معتقا وهو
يخبث يفسد عند اماته فلا باس بشربه واذا صار معتقا بان غلا واشتد وقذف
بالزبد فهو يزداد جودة على طول الترك فلا خير فيه وبه كان يقول ابو يوسف
رحمه الله في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر اذا صار معتقا لا يحل شربه
وان كان يخبث يفسد اذا ترك عشرة ايام فلا باس بشربه ثم رجع الى قول ابي حنيفة
رحمه الله فالحاصل ان ابا يوسف رحمه الله كان يقول اولا مثل قول محمد رحمه الله
ان كل مسكر حرام لكنه وحده بشرط ان لا يفسد بعد ما يبلغ عشرة ايام فهنا ثان
مسئلتان احدهما ان كل مسكر حرام عند محمد وابي يوسف رحمهما الله اولا ثم رجع
ابو يوسف الى قول ابي حنيفة رحمهما الله والثانية الاشربة نحو السكر ونقيع الزبيب
اذا غلا واشتد حرام عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله كذلك ولكن يشترط ان يبقى بعد
عشرة ايام ولا يفسد اي لا يحمض ثم رجع الى قولهما ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل
واحد منهما ادنى طبخة حلال اذا اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير
لهو ولا طرب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام
والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي وسنذكر ان شاء الله تعالى ولا باس بالخليطين
لحديث ابن زياد رضي الله عنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت
اهتدي الى منزلي فغدوت عليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة

وزبيب

ان ٤

بالخليطين

وزبيب وابن عمر رضي الله عنهما كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة رضي الله عنهم
فلا يظن انه كان يسقي غيره ما لا يشربه او يشرب ما كان حراما فعدلنا ان المتخذ
من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار مسكرا لان الذي سقاه كان مشتدا الا
ترى الى قوله ما كدت اهتدي الى اهلي وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب
وهو النيء منه وفيه رد لقول اصحاب الظواهر انه لا يحل شرب الخليطين وان كان حلوا
لانه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والبسر قلنا كان في زمان
الجدب فكره للاغنياء الجمع بين النعمتين ونبيذ العسل والتين والبر والشعير
والذرة حلال وان لم يطبخ عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير
لهو ولا طرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة
فخص التحريم بهما والمراد بيان الحكم فيكون ما وراءهما مباحا بالنصوص العامة في ظاهر
الرواية ولا باس بالشرب منه مطبوخا او غير مطبوخ وفي النوادر عن محمد رحمه الله
ان شرب النيء منه بعد ما اشتد لا يحل ووجه ظاهر الرواية ان العسل والشعير
والذرة حلال التناول متغيرا كان او غير متغير فكذا ما يتخذ منها من الاشربة لان هذا
في معنى الطعام والتغير في الطعام لا يؤثر في الحرمة فقد يكون ذلك في بعض الادوية كالبنج
وفي بعض الاشربة كاللبن ولئن روي فيه حديث مشهور فهو شاذ فيما تعم به البلوى فيرد
ولا حد على من شرب مما يتخذ من العسل والبر والشعير والذرة والفانيذ والسكر والتوت
والكمثرى وغير ذلك اسكر او لم يسكر لان النص ورد بالحد في الخمر وهذا ليس في معناها
فلو وجب فيه الحد لكان بطريق القياس وذا لا يجوز ولان الحد شرع للزجر عن ارتكاب سببه
ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر
فلا يشرع فيه الزجر كذا في المبسوط لشمس الائمة السرخسي رحمه الله وذكر في الهداية
والمبسوط شيخ الاسلام باستصحاب رحمه الله الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا
على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا
وقيل على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يحل لبن الرمكة كلحمها لانه متولد منه والصحيح
انه يحل لان كراهة لحمه لما فيه من قطع مادة الجهاد ولاحترامه فلا يتعدى حكمه الى لبنه
والمثلث العنبي حلال وان غلا واشتد وسكن من الغليان وهو الذي ذهب ثلثاه بالطبخ
وبقي ثلثه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي ومالك
رحمهم الله قليله وكثيره حرام وسئل ابو حفص الكبير رضي الله عنه فقال لا يحل
شربه فقيل له خالفت ابا حنيفة وابا يوسف رحمهما الله فقال لا لانهما يحلان للاستمراء والناس
في زماننا يشربون للفجور والتلهي فعلم ان الخلاف فيما اذا قصد به التقوي فاما اذا قصد
به التلهي فلا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه
توقف فيه فقال لا احرمه ولا ابيحه احتجوا بقوله عليه السلام كل مسكر حرام وفي رواية

ما أسكر كثيره فقليله حرام. وفي رواية ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام. ولأن
الكثير من هذه الأشربة مساو للكثير من الخمر في حق الحرمة ووجوب الحد فكذا القليل. وهذا
لأن القليل منه لو كان مباحا لما وجب الحد وإن سكر منه لأن السكر إنما حصل بشرب
الحرام حينئذ فاعتبار جانب الحلال يمنع وجوب الحد عليه. فإذا اجتمع الموجب للحد والمسقط
له ترجح المسقط على الموجب. ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب
خص السكر بالتحريم في غير الخمر لأن العطف يقتضي المغايرة والمسكر هو القدح الأخير
وهو حرام عندنا. وإنما حرم القليل من الخمر لأن القليل يدعو إلى الكثير للرقة واللطافة فكان
القليل سببا للفساد كالكثير فكان حراما. وهذه الأشربة غليظة لا يدعو قليلها إلى كثيرها
فكان قليلها مباحا مع وصف الشدة والسكر منها حراما. وقد طعن ابرهيم النخعي رحمه الله
في الأخبار. ولأن الخلاف في ذلك مشهور بين الصحابة رضي الله عنهم ولم يحتج بها أحد. فلو كانت
صحيحة لاحتجوا بها. ولأنهما لما تعارضت يتمسك بالقياس وهو شاهد لنا أو تحمل على القدح الأخير
أو المسكر حقيقة أو على الابتداء ليكون فطاما لهم عن الخمر. فلما وقع الفطام أباح ذلك. والذي
يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لأن صب
الماء يزيده ضعفا بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى ذهب ثلثا الكل لأن الماء
يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب جزما. ولو طبخ
ماء العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله وروى
أبو يوسف عنه أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح. لأن العصير فيه قائم بلا تغير
فيستوي اعتبار الطبخ فيه بعد العصير وقبله. ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب
والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا تغليبا للموجب للحرمة
وكذا إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما بينا. ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب أدنى
طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب فإن كان ما أنقع شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله يحل
شربه ما لم يطبخ قبل أن يشتد لأنه في معنى نقيع ومطبوخ. ولو صب في المطبوخ
قدح من النقيع لم يحل شربه إلا إذا اشتد وتغلب الموجب للحرمة على الموجب للحل فهذا
مثله. ولا يحد في شرب شيء من ذلك ما لم يسكر. لأن ثبوت الحرمة للاحتياط وفي
الحد يحتال للدرء والإسقاط. ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه
لم يحل لأن الحرمة تحققت فلا تزول بالطبخ. ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت
والنقير لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن ثلاث زيارة القبور فزوروها فقد أذن
لمحمد في زيارة قبر أمه. ولا تقولوا هجرا وعن لحم الأضاحي أن تمسكوا فوق ثلاثة أيام فأمسكوه
ما بدا لكم وتزودوا فإنما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم. وعن النبيذ في الدباء والحنتم
والمزفت فاشربوا في كل ظرف فإن الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر
وفي الحديث دليل على نسخ السنة بالسنة فقد أذن في هذه الأشياء الثلاثة بعد ما كان نهى عنها.

وبالاذن

وبالإذن ينفسخ حكم النهي. وإنما ينتبذ فيه بغير تطهيره. فإن كان الوعاء عتيقا يغسل
ثلاثا فيطهر كما لو تنجس الظرف بالبول والدم فإنه يطهر بالغسل ثلاثا وإن كان جديدا
لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه. وعند أبي حنيفة يغسل ثلاثا ويجفف في كل
مرة كما مر في الطهارات فيما لا ينعصر بالعصر. وعند أبي يوسف رحمه الله يملأ ماء
مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافيا غير متغير حكم بطهارته. ويحل تخليل الخمر
والخل الحاصل من الخمر حلال سواء صارت خلا بنفسها أو بطرح شيء فيها. وقال الشافعي
رحمه الله التخليل حرام ثم إن كان بإلقاء شيء من ملح أو خل فلا يحل ذلك الخل قولا واحدا.
وإن كان التخليل بلا إلقاء شيء فيه بأن كان من النقل من الظل إلى الشمس أو بإيقاد النار بالقرب
منه فله قولان في إباحة تناول ذلك الخل. له أن النص أوجب الاجتناب وفي التخليل
اقتراب منه على وجه التمول وهو ضد الاجتناب بخلاف الحمل للإراقة لأنه مبالغة
في الاجتناب عنها معنى. وإذا كان التخليل حراما فلا يكون مؤثرا في الحل كذبح
الشاة في غير مذبحها. ولنا قوله عليه السلام أيما إهاب دبغ فقد طهر كالخمر تخلل فتحل
ويروى كالخمر تخلل أي يتخلل فتحل والروايتان كالخبرين فيعمل بهما. وقوله عليه السلام
نعم الإدام الخل ولم يفصل. وقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم. ولأن التخليل
إصلاح لجوهر فاسد فكان حلالا كدبغ الجلد. وهذا لأنه إزالة لصفة الإسكار
الخمرية وإثبات صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والإصلاح صلاح
مباح بالإجماع كالدباغ. وكذا الصالح للمصالح مباح كما لو تخلل بنفسه. ولأن الاقتراب
لإبطال صفة الخمرية فكان نظير الاقتراب للإراقة. فإن قيل هي نجس العين فتحرم
بالتصرف فيها قياسا على الميتة والبول والدم. قلنا ليس كذلك فإنها ذات العصير
وهو طاهر قبل التخمر والنجاسة باعتبار الشدة وما هي بعينها بل هي وصفها وهو يقبل
الزوال كالصبي في الصبى. وأما قوله عليه السلام لا تتخذوا الخمر خلا فمعناه لا تستعملوا
الخمر استعمال الخل أي لا تضعوها على الموائد كما يوضع الخل. فإذا صارت الخمر خلا
يطهر ما يوازيها من الإناء تبعا للخل. فأما أعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر قبل صيرورته
قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لأنه خمر يابس إلا إذا غسل أعلاه بالخل فيتخلل
من ساعته فيطهر. وكذا إذا صب منه الخل ثم ملئ خلا يطهر في الحال كذا قالوا.
ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به والانتفاع به. لأن دردي كل شيء بمنزلة صافيه
والانتفاع بالخمر حرام فكذا بدرديه. وهذا لأن في الدردي أجزاء الخمر. ولو وقع قطرة
من خمر في ماء لم يجز شربه والانتفاع به فالدردي أولى. وأما الامتشاط فإنه شيء يصنعه
بعض النساء لأنه يزيد في بريق الشعر. وقد صح عن عائشة رضي الله عنها أنها كانت تنهى
النساء عن ذلك أشد النهي. وكذا لا يجوز أن يداوى به جرحا في بدنه أو يداوى به
دبرة دابته لأنه نوع انتفاع بالخمر والانتفاع بالخمر محرم شرعا من كل وجه. وكذا

لا يحل أن يسقي ذميًّا أو صبيًّا للتداوي لأن الله تعالى لم يجعل في رجس شفاءً والإثم على من سقاه
لأن الصبي غير مخاطب والإثم ينبني على الخطاب ● وكذا لا يسقيها الدواب لأنه نوع
استمتاع بالخمر واقتراب على قصد التمول ● وقيل لا تحمل على الدواب ● أما إذا اقترب إلى الخمر
فلا بأس كما لا تحمل الميتة إلى الكلاب ولو قيد الكلب إلى الميتة يجوز ● وكذا الفارة
لا تحمل إلى الهرة ولكن الهرة تحمل إلى الفارة لئلا يصيرها ملاذ النجاسة بلا ضرورة ● ولو ألقى
الدردي في الخل فلا بأس به لأنه يصير خلًّا فطبع الخمر أن يصير خلًّا إن ترك كذلك
فإذا غلب عليها الخل أولى أن تصير خلًّا ولكن يباح حمل الخل إليه لا عكسه لما بينا ● ولا
يحد شارب الدردي إن لم يسكر ● وقال الشافعي رحمه الله يحد ● لأن الحد يجب
لشرب قطرة من الخمر ● وفي الدردي قطرات من الخمر ● ولنا أن وجوب الحد للزجر
وشرع الزاجر فيما تميل إليه الطباع والطباع لا تميل إلى شرب الدردي بل من
يعتاد شرب الخمر يعاف الدردي وقليله لا يدعو إلى كثيره ● بخلاف الخمر فصار
كغير الخمر من الأشربة ولا حد فيها إلا بالسكر ● ولأن الغالب على الدردي الثفل ● ولو
كان الغالب هذا لما لم يحد بشربه ● وكذا إذا كان الغالب ثفل الحب ● ويكره الاحتقان
بالخمر وإقطارها في الإحليل لأنه انتفاع بالمحرم وهو حرام ● ولا حد عليه لأنه متعلق بالشرب
بالحديث ● ولم يوجد ولأنه للزجر والطبع لا يميل إليه ● ولو جعل الخمر في مرقة ثم طبخت
لا تؤكل لأنها تنجست بها والطبخ في الخمر لا يحلها ولا يغير الخمر الثابت فيها ● كما لو طبخها
في غير المرقة ● ولا حد فيه ما لم يسكر منه لأنه مطبوخ ● ولأن الغالب عليها غير الخمر
والمعتبر هو الغالب في حكم الحد ● ولو عجن الدقيق بالخمر وخبز كره أكله لأن الدقيق تنجس
بالخمر والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل أكله ● لأن الدقيق تنجس ● لبن الميتة وإنفحتها
طاهر عند أبي حنيفة رحمه الله مايعة كانت أو جامدة ● وعند الشافعي رحمه الله نجس
مايعة كانت أو جامدة ● وعندهما إن كانت جامدة فهي طاهرة وتؤكل إذا غسلت
وإن كانت مايعة فهي نجسة لأنها في وعاء نجس لتنجسه بالموت فتحرم طاهر إن
كان جامدًا أو كله إن كان مايعًا كما لو وقع في وعاء نجس بعد الخروج ● والشافعي رحمه الله
نجس كله لما عرف من مذهبه من العظم والعصب والأجزاء التي لا حياة فيها ● ولنا أن وعاء
ليس بنجس لأنه عصب ويخرج من عصب وعصب الميتة طاهر والبيضة التي تخرج من
دجاجة ميتة إن كانت جامدة فطاهرة عندنا ● وإن كانت مايعة فعلى الاختلاف فهي
كالإنفحة ● **فصل في طبخ العصير** الأصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه
بالزبد يجعل كأن لم يكن فيعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي ● مثاله عشرة
دوارق من عصير صبت في قدر ثم طبخ فذهب دورق بالزبد فإنه يطبخ الباقي حتى
يبقى ثلثة دوارق فيحل لأن ما أخذه من الزبد انتقص من أصل العصير فسقط اعتباره
في الحساب ● فيظهر أن الباقي تسعة دوارق فإنما يصير مثلثًا إذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى

ثلثه ثلثة دوارق ● وأصل آخر أن العصير إذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه إن كان
الماء أسرع ذهابًا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء
حتى يذهب ثلثاه ● لأن الماء يذهب أولًا ثم العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير ●
وإن كانا يذهبان معًا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى الثلث فيحل لأنه ذهب
الثلثان ماء وعصير والثلث الباقي ماء وعصير ● فصار كما لو صب الماء فيه بعد ما ذهب
من العصير بالطبخ ثلثاه ● بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقًا من الماء
ففي الوجه الأول وهو ما إذا كان الماء أسرع ذهابًا يطبخ حتى يبقى تسع الكل وهو ثلثة وثلث
لأنه ثلث العصير ● وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانا يذهبان معًا يطبخ حتى يذهب
ثلثا الكل والغلي بدفعة ودفعات سواء إذا حصل فيه قبل أن يصير محرمًا لاشتراكها الكل
في المقصود وهو التغليظ المقابل لمثل الطبخ من دعاء القليل إلى الكثير ● ولو قطع عنه النار فغلى
حتى ذهب الثلثان حل لأن أثر النار ● وأصل آخر أن العصير إذا طبخ فذهب بعضه ثم أريق
بعضه ثم يطبخ الباقي حتى يذهب الثلثان ● والسبيل فيه أن يأخذ ثلث الكل فيضربه
فيما بقي بعد ما انصب منه ثم يقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه
شيء فما خرج بالقسمة فهو حلال ● مثاله عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم
أريق ثلثة أرطال يأخذ ثلث العصير كله ثلثة وثلث ويضربه فيما بقي بعد ما انصب
منه وهي ستة فيكون عشرين ثم يقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل من الأجزاء
أن ينصب منه شيء وذلك تسعة ● وإذا قسمت عشرين على تسعين فيخرج لكل واحد
من ذلك اثنان وتسعان فعرفنا أن حلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل ● وهذا لأن
الرطل الذي ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة بل هو قائم ولكن تداخل أجزاؤه في أجزاء
الباقي ولهذا يغلظ الباقي ويراجع أجزاء الرطل إلى أجزاء البقية وهي تسعة أرطال فيكون
الباقي ستة أرطال وستة أتساع رطل ● ولو كان هذا حقيقة اليسر أنه يطبخ حتى يبقى
رطلان وتسعا رطل كذا هنا ● ووجه آخر وهو أن الذي ذهب بالطبخ ذاهب
من الحرام لأنه إنما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثه عشرة أرطال وثلثا رطل
وثلثه حلال وهو ثلثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ وهو رطل وثلثة حلال ● وهو
ثلاثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ وهو رطل ذاهب من الحرام والباقي تسعة
أرطال والحلال منها ثلثة أرطال وثلث والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل ● فإذا أريق ثلثة
فهذا من الحلال والحرام جميعًا لأنه تعلق للذاهب حسابًا بالحلال أو بالحرام ● وكان الذاهب منها
على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل
وإن رمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعة لحاجتنا إلى حساب له ثلث ولثلثه
ثلث وصارت أرطال الحلال ثلثين سهمًا وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهي
رطلان وتسعا رطل ● والله أعلم ● **كتاب الصيد** ● الصيد لغة

الاصطياد. وقد يسمى المصيد صيدا تسمية بالمصدر. والاصطياد مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى فإذا حللتم فاصطادوا. وأدنى درجات الأمر الإباحة. وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما. وقوله عليه السلام الصيد لمن أخذ. وللإجماع ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب تمكينا للمكلف من إقامة التكاليف. وما يحويه الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح كالكلاب والفهود والصقور والبزاة. والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة كالشاهين والباشق والصقر. وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع أو ذي مخلب من الطير معلم فلا بأس بصيده. وما سواه فلا خير فيه إلا أن تدرك ذكاته فيذكيه يريد أنه إذا أخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه إذا قتله إلا أن يدرك ذكاته. اعلم أن حل التناول بالاصطياد يختص بشرائط. منها أن يكون الصائد من أهل الذكاة وذا بأن يعقل الذبح والتسمية حتى لا يؤكل صيد الصبي والمجنون إذا لم يعقل الذبح والتسمية. وأن يكون له ملة التوحيد دعوى واعتقادا كالمسلم أو دعوى لا اعتقادا كالكتابي كما مر في الذبائح. وأن يكون ما يصاد به معلما. وأن يكون جارحا لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله أي وصيد ما علمتم من الجوارح وهو عطف على الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم. وفي معنى الجوارح قولان أحدهما أن يكون جارحا حقيقة بنابه أو بمخلبه فيكون من الجرح بمعنى الجراحة. والثاني الكواسب لقوله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أي كسبتم ويمكن حمله عليهما فيشترط أن يكون من الكواسب التي تجرح ليتحقق بالجرح بيقين. والمكلب معلم الكلاب مؤدبها ثم عم في كل من أدب جارحة بهيمة كانت أو طائرا. ومعنى قوله مكلبين معلمين إياها الصيد تعلمونهن أي تؤدبونهن لطلب الصيد وتعلمونهن حال ثانية أو استئناف مما علمكم الله من علم الكلاب التكليب والسباع كلها جوارح. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه استثنى من ذلك الأسد والذئب لأنهما لا يتعلمان ولا يعملان لغيرهما. أما الأسد فلعلو همته. وأما الذئب فلخساسته وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها. وأما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لأنه نجس العين فكان الانتفاع به محرما. وتعليم الكلب أن يترك الأكل ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويجيب إذا دعوته كذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما. ولأن بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن أن يضرب حتى يدع الأكل والبازي لا يحتمل الضرب فتعذر تحقيق هذا الشرط فيه فأقيم مقامه ما يدل عليه وهو الإجابة عند الدعاء. ولأن الكلب ألوف وعلامة علمه أن يأتي بما يخالف طبعه وإجابة صاحبه إذا دعاه غير مخالف لطبعه فلا يكون ذلك علامة علمه بل علامة علمه ترك الأكل مع حاجته إليه. لأن الافتراس للتناول طبع الكلاب والسباع. والتعليم تبديل الطبع بالنقل إلى غيره ليصير اكتسابا.

بعد

بعد أن كان انتهابا. وذا في تركه الأكل ليتبدل ما هو مقصود في طبعه بضده والبازي متنفر بطبعه فلإجابته صاحبه إذا دعاه خلاف طبعه فيكون ذلك علامة علمه دون ترك الأكل. ولكن هذا الفرق لا يتأتى إلا في الفهد فإنه متنفر كالبازي والحكم فيه وفي البازي سواء والمعتمد هو الأول. وشرط ترك الأكل ثلاثا. وهذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن المعلم يمسك الصيد على صاحبه وتركه الأكل محتمل قد يكون للشبع وقد يكون للإمساك على صاحبه. فإذا ترك الأكل مرارا علم أنه يمسكه على صاحبه. وإنما قدرنا بالثلاث لأنه حسن للاختبار كما في قصص بعض الأخبار. ألا ترى إلى قول صاحب موسى عليهما السلام في الثالثة هذا فراق بيني وبينك. وقوله تعالى ثلاثة أيام إلا رمزا وتقدير مدة الخيار. وإمهال المرتد والمنجي قال عليه السلام إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع. وقال عمر رضي الله عنه إذا لم يربح أحدكم في تجارة ثلاث مرات فليتحول إلى غيرها. ولأن الكثير يكون أمارة على العلم لا القليل. والكثرة إنما تكون بالجمع والثلاث أقله فقدرنا به. وأما أبو حنيفة رحمه الله فلم يوقت فيه وقتا ولكنه فوض إلى اجتهاد صاحبه فإن كان أكثر رأيه أنه صار معلما فهو معلم. لأن نصب المقادير لا يكون بالرأي. إذ لا مدخل للقياس في معرفته فيفوض إلى رأي المبتلى به لما عرف من أصله في جنس هذه المسائل. وعلى الرواية التي قدر أبو حنيفة رحمه الله بالثلاث يؤكل الصيد الثالث عنده وعندهما لا يؤكل الثالث لأنه إنما حكم بكونه معلما حين ترك الأكل من الثالث فكان الثالث صيد كلب غير معلم فيحرم كالتصرف من المباشر في سكوت المولى فإنه لا ينفذ. لأن به يحصل الإذن. وله أن الحكم بكونه معلما عند إمساك الثالث على صاحبه وقد أمسكه بعد إرسال صاحبه فكان صيد كلب معلم فيحل التناول منه كالرابع. بخلاف ما ذكر لأن الإذن إعلام فلا يكون بغير علم العبد وذا بعد مباشرته وسكوت سيده. وأن يرسله وأن يسمي عنده حتى إذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله. والأصل فيه قوله عليه السلام لعدي بن حاتم إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل. وإن أكل منه فلا تأكل لأنه أمسك على نفسه وإن شارك كلبك كلب غيرك فلا تأكل فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك. ولأن الذكاة إنما تكون موجبة للحل إذا حصلت من الآدمي فلا بد من جعل آلة الصيد نائبة عن الآدمي ليحصل الحل بفعله وذا لا يكون إلا بالإرسال واشتراط كونه معلما لتحقيق الإرسال فنزل منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده يؤيده قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه والأمر للوجوب ولا وجوب عند الأكل فدل أن المراد به عند الإرسال. ولو ترك التسمية ناسيا حل لما مر في الذبائح. ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطرارية وهو

الجرح في أي موضع كان من البدن وقد مر من قبل • وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
لا يشترط فأول الجارح بالكاسب • وأن يمسكه على صاحبه حتى لو أكل منه الكلب أو الفهد
حرم أكله • وقال مالك والشافعي رحمهما الله في القديم لا يحرم اعتبارا بالبازي فإنه
لو أكل منه البازي لا يحرم • ولنا قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم • وحين
أكل منه تبين أنه أمسكه على نفسه لا على صاحبه • وإليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم
في قوله لعدي رضي الله عنه وإن أكل فلا تأكل منه فإنما أمسكه على نفسه فكان القياس
في البازي كذلك وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله ولكنا تركناه بأثر ابن عباس رضي الله
عنهما • ولأن البازي لا يمكن تعليمه بترك الأكل لأنه لا يحتمل الضرب فاكتفي
بالإجابة إذا دعاه بخلاف الكلب • ولو صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا
يؤكل هذا الصيد لأن علامة المعلم فيه ترك الأكل • فكان أكله علامة الجهل ولا ما
يصيده بعده حتى يصير معلما عنده باجتهاد الكلاب وعندهما بترك الأكل ثلاثا كما مر
في الابتداء • وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها فلا تظهر الحرمة فيه لعدم
المحلية • وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد يحرم اتفاقا • وما هو محرز في بيته
يحرم عنده • وعندهما لا يحرم • لهما أنا حكمنا بالحل في الصيود المأخوذة وأكله من هذا
الصيد يحتمل قد يكون لفرط الجوع مع كونه معلما وقد يكون لإمساكه على نفسه وكونه
غير معلم وما صار محكوما به لا يجوز إبطاله بالشك • ولا يقال قد حكمنا بكونه جاهلا حتى حرمنا
هذا الصيد الذي أكل منه • والذي أخذه بعده ما لم يصر معلما • لأنا إنما حكمنا بذلك بنوع اجتهاد
مع بقاء الاحتمال والاجتهاد دليل يصلح للعمل به في المستقبل وليس بدليل في نقض ما مضى
بالاجتهاد • بخلاف غير المحرزة لبقائه صيدا من وجه بواسطة عدم الإحراز فحرم
احتياطا وله أنه جهله في الابتداء لأن هذه حرفة في الكلب ولا ينسى أصلها • ويحتمل
أن ينسى فأيقنها بالترك زمانا كالخياطة ونحوها في الآدمي • ولما وجب الحكم بكونه
جاهلا في الحال تبين أنه لم يكن معلما أو أنه إنما ترك الأكل للشبع حتى لم يترك حين
كان جائعا • وهذا الأكل وإن كان محتملا ولكنه تعين أنه كونه غير معلم بدليل شرعي
حيث حرم تناول هذا الصيد وتبدل الاجتهاد قبل حصول الصيد المقصود • لأن المقصود
إنما يحصل بالأكل • فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء • ولو فر صقر من صاحبه
فمكث حينا ثم عاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
إذا أكل من الصيد • ولو شرب الكلب من دم الصيد أكل لأنه دليل على علمه حيث أمسك
على صاحبه ما يريد صاحبه وتناول ما لا يريده • ولو أخذ صاحب الكلب الصيد منه وأخذ
قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه قد أمسك على صاحبه حيث وقع التسليم
إليه فصار كما لو ألقى إليه طعاما آخر • وكذا إذا أخذ الرجل الصيد من الكلب ثم وثب عليه

فاخذ منه

فأخذ منه أكل لما بينا فصار كما لو افترس شاته • بخلاف ما لو فعل قبل أن يحرزه المالك
لبقاء جهة الصيدية باعتبار عدم الإحراز • وإن نهش الكلب من الصيد قطعة في اتباعه
إياه فأكلها ثم اتبعه فأخذه فقتله ولم يأكل منه لم يحل أكله • لأنه لما أكل القطعة
التي تمكن منها علم أنه غير معلم وأن سعيه لنفسه لا للإمساك على صاحبه • وإنما ترك الأكل
مما بقي لأنه شبع بتناول تلك القطعة • وإن ألقى تلك القطعة واتبع الصيد فأخذه وقتله
ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم عاد فأكل تلك القطعة يؤكل الصيد لأنه أمسك
الصيد على صاحبه حيث لم يأكل منه مع حاجته وتناوله تلك القطعة بعد وصول الصيد
إلى يد صاحبه كتناوله قطعة ألقاها إليه صاحبه • بل ذلك دليل حذاقته حيث تناول ما يعلم
أن صاحبه لا يرغب فيه فهو كما لو شرب من دمه • وإن أدرك المرسل الصيد حيا
وجب عليه أن يذكيه وإن ترك تذكيته حتى مات حرم أكله • وكذا البازي
والسهم وهذا لأنه ترك ذكاة الاختيار مع القدرة عليها وهذا إذا تمكن من ذبحه • أما إذا
وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل
في ظاهر الرواية • وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يحل وهو قول
الشافعي رحمه الله لأن ذكاة الاضطرار بدل عن ذكاة الاختيار وما لم يقدر على الأصل
لا يسقط حكم البدل وهنا لم يقدر على الأصل فصار كالمتيمم إذا وجد الماء وبينه
وبين الماء سبع أو عدو • وجه الظاهر أن ذكاة الاضطرار إنما تعتبر إذا لم يقع
في يده حيا وهذا قد وقع في يده حيا فسقط اعتبار ذكاة الاضطرار فيه • وصار
كشاة سقطت ولم يتمكن من ذبحها حتى ماتت • بخلاف ما لو بقي فيه من الحياة
مثل ما يبقى في المذبوح لأنه ميت حكما • ولهذا لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم
كما لو وقع ميتا • وإذا كان ميتا حكما لا يكون محلا للذبح • وقال بعض
المشايخ رحمهم الله إن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا • وقال الحسن
ابن زياد ومحمد بن مقاتل رحمهما الله تعالى يحل استحسانا وهو قول الشافعي •
لأنه لم يقدر على الأصل لضيق الوقت فبقيت ذكاة الاضطرار موجبة للحل وبالاستحسان
أخذ القاضي فخر الدين خان رحمه الله • ولنا أنه بالوقوع في يده لم يبق صيدا فلم يعتبر
حكم ذكاة الاضطرار فيه • وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه حيا مع الجرح الذي جرحه
الكلب أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حيا فمات حل تناوله
لأنه استقر فيه فعل الذكاة قبل وقوعه في يده • وما بقي فيه اضطراب المذبوح فلا يعتبر
كمن ذبح شاة فاضطربت ووقعت في الماء بعد قطع الأوداج والحلقوم لم يحرم
بذلك كذا هذا • وقيل هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله • فأما عند أبي حنيفة
رحمه الله فلا يحل وهو القياس لأنه وقع في يده حيا فلا يحل بدون ذكاة الاختيار
كالمتردية • هذا الذي ذكرنا إذا ترك التذكية • فلو ذكاه حل عند أبي حنيفة رحمه الله

لأنه إن كانت فيه حياة مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالإجماع • وإن لم تكن
فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكوته الذبح وقد وجد وعندهما حل
بلا ذبح • وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنها وفيها حياة
خفية أو بينة تحل إذا ذكاه • وعليه الفتوى لقوله تعالى إلا ما ذكيتم استثناه مطلقا
بلا فصل • ولأن المقصود تسييل الدم النجس بفعل الذكاة وقد حصل • وعليه الفتوى
وعند أبي يوسف رحمه الله إن كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته
مضافا إلى الذبح • وعند محمد رحمه الله إن كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل
وإلا لا • لأنه لا عبرة بهذه الحيوة • هذا إذا أدركه وأخذه فإن أدركه ولم يأخذه
فإن كان وقت لو أخذه يمكنه ذبحه حرم لأنه في حكم المقدور عليه • وإن كان لا يمكنه
ذبحه أكل لعدم ثبوت اليد والتمكن من الذبح • فإن أدركه فذكاه حل لما بينا •
ولو أرسل كلبه على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الإرسال فقتيل الكل حل بالتسمية
الواحدة لأن الذبح يقع بالإرسال على ما مر • حتى يشترط التسمية عنده والفعل واحد
فلفته تسمية واحدة بخلاف ما لو ذبح الشاتين بتسمية واحدة • لأن الثاني يصير
مذبوحا بفعل آخر فلا بد من تسمية أخرى • حتى لو أضجع إحداهما فوق الأخرى فذبحهما
بمرة واحدة حلتا بتسمية واحدة • ومن أرسل فهدا فكمن الفهد حتى استمكن
من الصيد ثم وثب عليه فقتله أكل لأنه به تحقق ما قصده بالإرسال فلا ينقطع
به فور الإرسال • وكذا الكلب إذا فعل ذلك فهو بمنزلة الفهد • وقال شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله ناقلا عن شيخه رحمه الله للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ
ذلك منه • منها أنه يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهذه حيلة منه للصيد فينبغي
للعاقل أن لا يجاهر بالخلاف في عدوه ولكن يطلب الفرصة حتى يحصل مقصوده من
غير إتعاب نفسه • ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل
من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره • كما قيل السعيد من
وعظ بغيره • ومنها أنه لا يتناول الخبيث وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب
وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب • ومنها أنه يثب ثلاثا أو خمسا فإن
تمكن من الصيد وإلا تركه ويقول لا أقتل نفسي فيما أعمل لغيري • وهكذا
ينبغي لكل عاقل • وإن أخذ الكلب صيدا فقتله وقد أرسله صاحبه أكل جميعا
لأن الإرسال قد صح من المسلم فما يأخذه وجه إرساله وهو ممسك على صاحبه
يكون حلالا وهو كما لو رمى سهما فأصابه وأصاب آخر • ولو قتل الأول فجثم
عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل لأن فور الإرسال انقطع حيث
جثم على الأول طويلا فقد فات إرسال صاحبه في حق الصيد الثاني وهو شرط الحل
وإن أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله أكل •

لأن من

لأن من عادة البازي أن يقع على شيء وينظر إلى الصيد ليتمكن من أخذه • وهذا إذا لم
يمكث زمانا طويلا للاستراحة كما مر في الجثوم وإنما مكث ساعة للتمكن كما مر في
الفهد والكلب • ولو أخذ البازي المعلم صيدا فقتله ولم يدر أرسله إنسان أم لا
حرم • لأن الإباحة لا تثبت بدون الإرسال وقد وقع الشك في الإرسال • وإن خنقه
الكلب ولم يجرحه أو صدمه بجبهته لم يؤكل لما بينا أن الجرح شرط في ظاهر
الرواية • وهذا يشير إلى أنه لا يحل بالكسر • لأن المعتبر هو الجرح الذي هو سبب
لإنهار الدم ولم يوجد ذلك بالكسر فصار كالمخنوق • وحكى أبو يوسف عن أبي حنيفة
رحمهما الله أنه إذا كسر عضوا فقتله حل لأن الكسر جراحة باطنة فهي كالجراحة
الظاهرة • ولو أرسل المسلم الكلب على صيد فشاركه كلب غير معلم أو كلب لم يذكر
اسم الله تعالى عليه عمدا أو كلب مجوسي لم يؤكل لما روينا في حديث عدي رضي الله عنه •
ولأن الصيد صار مأخوذا بالكلبين • والأصل أنه متى اجتمع موجب الحل وموجب
الحرمة يغلب موجب الحرمة لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شيء إلا غلب
الحرام الحلال • ولأن الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك
ولو رد الصيد عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الأول كره أكله لوجود
المشاركة في الأخذ وعدمها في الجرح • ثم قيل كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو
اختيار شمس الأئمة الحلواني رحمه الله • ولو رد الصيد على الكلب مجوسي حتى أخذه فلا بأس
بأكله • لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلم تثبت المشاركة فصار الصيد
مأخوذا بالكلب الذي أرسله المسلم فكان حلالا • وأما فعل الكلب الذي لم يرسله صاحبه
من جنس فعل الكلب الذي أرسله فيتحقق به المشاركة • ويجتمع في الصيد الموجب للحل
والموجب للحرمة • ولو لم يجئ برده الكلب الثاني على الأول ولكن اشتد على الأول حتى
اشتد على الصيد فأخذه وقتله حل • لأن فعله لم يؤثر في الصيد وإنما أثر في الكلب
المرسل لأنه ازداد به طلبا فلا يضاف الأخذ إلى فعله • ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم
فانزجر حرم أكله • والمراد بالزجر الإغراء بالصياح وبالانزجار إظهار زيادة الطلب
ولو أرسله مسلم فزجره مجوسي فانزجر بزجره حل • والفرق أن الزجر دون الإرسال
لأنه بناء عليه والشيء إنما يرتفع بما هو مثله أو فوقه كما عرفت في النسخ في أصول الفقه
ففي المسألة الأولى إرسال المجوسي محرم فلا يرتفع بزجر المجوسي لأنه دونه • وكل من لا
تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عمدا في هذا بمنزلة المجوسي • حتى لو أرسل
صيدا أو سمى ثم زجره من لم يسم يؤكل وعلى هذا غيره • وإن لم يرسله أحد ولكنه
انبعث الكلب أو البازي على أثر الصيد بغير إرسال فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد حل
والقياس أن لا يحل لأن زجره ليس بإرسال وبدون الإرسال لا يحل لأنه شرط • وجه
الاستحسان أنه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الإرسال • فإن قيل الزجر

بناء على الانفلات فكان الزجر دون الانفلات والشيء لا ينتقض بما هو دونه كما مر في
الإرسال والزجر. قلنا الزجر مثل الانفلات لأنه إن كان فوقه بحسب السبق فهو دونه
من حيث أنه فعل غير المكلف فاستويا فصلح ناسخا. أما الإرسال فهو سابق. وفعل
المكلف والزجر لاحق. وإن كان فعل المكلف كان دونه فلا ينتقض به. ولو أرسل المسلم كلبه
على صيد وسمى فأدركه الكلب وضربه ووقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل. وكذا
لو أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الخروج بعد
الجرح خارج عن حد التعليم فصار كأن القتل حصل بفعل واحد. ولو أرسل رجلان
كل واحد منهما كلبا فوقذه كلب أحدهما ثم قتله كلب الآخر يؤكل لما بينا أن جرح
الكلب بعد الجرح مما لا يمكن الاحتراز عنه فصار كأنه حصل بفعل واحد والملك
للأول لأنه أخرجه من أن يكون صيدا. غاية ما في الباب أن ضرب الثاني خرج بعد
الخروج عن الصيدية إلا أن الإرسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الإباحة
والحرمة حالة الإرسال فلهذا لا يحرم. حتى لو كان الإرسال من الثاني بعد الخروج
عن الصيدية بجرح الأول فجرحه الثاني ومات لا يحل. ولو أرسل كلبه على صيد
فلم يأخذه وأخذ غيره حل لأن المشروط بالنص الإرسال دون التعيين والزيادة
على النص نسخ. وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا يحل لأنه لم يأخذ ما أرسل
عليه وأخذ ما لم يرسل عليه فكان مأخوذا بغير إرسال إذ التعيين شرط عندهما
قلنا لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اشتراطه. ومن سمع حسا ظنه
صيدا فأرسل كلبه أو بازيه عليه أو رماه بسهم فأصاب صيدا ثم تبين أن المسموع
كان صيدا مأكولا أو غير مأكول حل ما أصابه. وعن أبي يوسف رحمه الله أن
كان حس سبع سوى الخنزير أكل الصيد وإن كان حس خنزير لم يؤكل لأنه
مغلظ التحريم حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط حكم فعله أصلا. بخلاف سائر
السباع لأن الانتفاع بها مطلق إلا من جهة الأكل فكان الفعل معتبرا. وقال زفر
رحمه الله إن كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لم يؤكل لأن الإرسال
على السبع لا يتعلق به حكم إباحة الأكل فصار هو والآدمي في ذلك سواء. ولنا أن
الاصطياد لا يختص بمأكول اللحم بدليل قول الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب ... وإذا ركبت فصيدك الأبطال

فكان الإرسال اصطيادا ثم تثبت الإباحة بتعلق بالمحل فيثبت بقدر ما يقبله
لحما وجلدا. وقد لا يثبت إذا لم يقبله. وإذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى إلى الصيد
فأصاب غيره. بخلاف ما لو تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي حيث لا يحل المصاب
لأن الإرسال ليس باصطياد. ولو علم أن المرمي طير داجن يأوي البيوت لم يحل لأن
الرمي إليه كالرمي إلى الشاة لأن مأواه البيوت وقد ثبت اليد عليه. والظبي

الموثق

الموثق بمنزلته لما بينا. ولو رمى طائرا فأصاب صيدا فذهب المرمي ولم يدر أنه وحشي
أو مستأنس أكل الصيد لأن الأصل في الصيد التوحش فيتمسك به حتى يعلم الاستئناس
ولو رمى بعيرا فأصاب صيدا ولم يعلم أن البعير ناد أو غير ناد لم يؤكل الصيد حتى
يعلم أن البعير كان نادا لأن الأصل في الإبل الاستئناس فيتمسك به حتى يعلم غيره. ولو
رمى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا ففي رواية عن أبي يوسف يحل لأن الرمي صيد
وفي رواية عنه لا يحل لأنه لا ذكاة لهما. والاصطياد خلف عن الذكاة. ولو سمع
حسا فظنه آدميا فأصاب السهم الممنوع حسه فإذا هو صيد أكل لأنه لا عبرة بظنه
مع تعيينه

فصل في الرمي

اعلم أن الاصطياد كما يجوز بالجوارح المعلمة
يجوز بالرمي لإطلاق قوله تعالى فاصطادوا. وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب
إذا جرح السهم فمات لأنه بالرمي يصير مذكيا إذ السهم آلة له فيشترط التسمية عند
الرمي به وكل البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق الذكاة الاضطرارية
لما مر. فإن أدركه حيا ذكاه لأنه قدر على ذكاة الاختيار فلا يحل بذكاة الاضطرار
لأنها لا تزيل كل الدم. وإن ترك تذكيته حتى مات يحرم وقد مر وجههما والخلاف
فيهما في الفصل الأول فلا نحتاج إلى الإعادة. وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب
عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه حل استحسانا والقياس أن لا يحل وهو قول الشافعي
رحمه الله لاحتمال أنه مات بسبب آخر. ولنا أنه عليه السلام مر بالروحاء على حمار وحشي
عقير فتبادره أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين إليه فقال عليه السلام دعوه فسيأتي
صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر النبي عليه السلام
أبا بكر رضي الله عنه فقسمها بين الرفاق. ولأن الاحتراز فيه غير ممكن. لأن الاصطياد
غالبا يكون في المساجر والبراري ولا بد من التواري فالحاصل إذا لم يقعد عن طلبه للضرورة
وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يحل لأنه عليه السلام كره أكل الصيد إذا غاب عن
الرامي وقال لعل هوام الأرض أكلته. ولأن ترك الطلب مما يستطاع الامتناع
عنه. والثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها وما روينا حجة على مالك رحمه الله في قوله
إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل وإذا بات ليلة لا يحل. وكذا قول ابن عباس رضي الله عنهما
كل ما أصميت ودع ما أنميت لأن الإصماء ما رأيته فيموت والإنماء ما يتوارى عنه ثم يموت
إلا أن المراد به إذا توارى عنه وقعد عن طلبه. فأما إذا لم يقعد عن طلبه فلا يحرم لما
بينا أن ما لا يستطاع الامتناع عنه فهو عفو. ولو وجد به جراحة أخرى سوى جراحة
سهمه لا يحل لأنه ظهر لموته سببان أحدهما موجب للحل والآخر موجب للحرمة فيغلب
الموجب للحرمة مع أن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا. والجواب في إرسال
الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا. وإذا رمى صيدا فوقع في الماء
أو على سطح أو جبل فتردى منه إلى الأرض حرم لأنه المتردية والله تعالى ذكرها

في جملة المحرمات • ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط
من علو • الا ترى الى قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه اذا وقعت رميتك في الماء
فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله او سهمك • ولو وقع على الارض ابتداء حل
اكله • لان ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فيكون عفوا • بخلاف الوقوع في الماء
والتردي من الجبل لانه يستطاع الامتناع منه • فصار الاصل ان سبب الحل والحرمة
اذا اجتمعا وامكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا • وان
كان مما لا يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او اجر ثم وقع على الارض او رماه
وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على
رمح منصوب او قصبة او على حرف اجرة لاحتمال القتل تحل هذه الاشيا • ومما
لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما بينا او على ما هو في معناه كجبل او ظهر
بيت او لبنة موضوعة او صخرة فاستقر عليها لان الموضع الذي وقع عليه بمنزلة الارض
وذكر في المنتقى انه اذا وقع الصيد على صخرة فانشق بطنه فمات لم يوكل وليس
هذا باختلاف الرواية في الصحيح بل مراده بما ذكر في المنتقى اذا اصابه حد الصخرة فانشق
بطنه بذلك • وهذا تسبب لموته سوى الذكوة • ومراده بما ذكر في الاصل انه لم يصبه
من الاجر الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو لانه لا يستطاع الامتناع عنه
وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل • وان انغمست لا يوكل
كما لو وقع غير المائي في الماء • ولا يوكل ما اصابه المعراض بعرضه • لقوله عليه السلام بعرضه
فيه ما اصابه المعراض بعرضه بحده فكل وما اصابه بعرضه فلا تاكل • ولا يوكل
ما اصابه البندقة فمات بها لان الذكاة اسم لما هو قاتل جرحا • حتى يكون الموت بانهار
الدم فكانت موقوذة وهي حرام بالنص • فالبندقة تقتل بالدق والكسر لا بالجرح
وكذا ان رماه بحجر وكذا ان جرحه اي اذا كان ثقيلا وبه حدة لانه يحتمل
انه قتله بثقله • وان كان الحجر خفيفا وبه حدة لان الموت بالجرح لزوال ذلك الاحتمال
وان كان الحجر خفيفا وجعله كالسهم طويلا وبه حدة حل لان القتل بالجرح • ولو رماه
بمروة حديدة ولم تبضع بضعا حرم لان القتل بالدق • وكذا ان رماه بها فابان
راسه او قطع اوداجه لان العروق قد تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع • ولعله مات
قبل قطع الاوداج فلا يحل بالشك • ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله حرم لانه قتله
ثقلا لا جرحا الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ يحل لانه كالسيف والرمح
والاصل في هذه المسايل ان الموت اذا اضيف الى الجرح قطعا حل الصيد • وان اضيف
الى الثقل قطعا حرم • وان وقع الشك ولم يدر انه مات بالثقل او بالجرح حرم احتياطا
فان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل • وان اصابه بقفا السكين
او بمقبض السيف حرم لان القتل بالدق والحديد وغيره فيه سواء • ولو رماه فجرحه
فمات بالجرح

فمات بالجرح ان كان الجرح مدميا حل اتفاقا • وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض
المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة • لان الدم قد يحتبس في العروق
لضيق المنفذ او لغلظ الدم • وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر
الدم وافرى الاوداج فكل • شرط الانهار فالادماء ثمة والمشروط لا يوجد عند عدم
الشرط • وعند بعضهم ان كانت الجراحة كبيرة حل بلا ادماء • لان عدم خروج
الدم لعدم الدم فلا يكون مضرا • وان كانت صغيرة لا تحل لان عدم خروج الدم لضيق
المنفذ لا لعدم الدم • ولو ذبح شاة ولم يسل الدم منها قد يكون ذلك اذا اكلت العناب
فقال ابو القاسم الصفار رحمه الله لا تحل لعدم الذكاة معنى وهو تسييل الدم وقال
ابو بكر الاسكاف تحل لوجود فعل الذكاة قال عليه السلام الذكوة بين اللبة
واللحيين • وان اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فقتله حل ان ادماه • لان ما هو
المقصود وهو تسييل الدم قد حصل والا لا تؤكل • لان تسييل الدم النجس لم يحصل
وان رمى صيدا فقطع عضوا منه ومات اكل الصيد لما بينا ولا يوكل العضو لقوله
عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت • وهذا اذا ابان شيئا يتوهم بقا المبان منه حيا بدونه
عادة كاليد والرجل والفخذ وثلثه مما يلي القوايم والا قل من نصف الراس ولو
قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع راسه او نصف راسه
او اكثر منه حل المبان والمبان منه اذ لا يحل يتوهم بقاؤه حيا بعد هذا فكان قتلا
وهذا كله عندنا • وعند الشافعي رحمه الله يحل المبان والمبان منه في الوجوه كلها
اذا مات الصيد لان الفعل وقع ذكاة فوقع اثره في الكل كما في ذكوة الاختيار
ولنا ما روينا وقد ذكر الحي مطلقا فانصرف الى الحي حقيقة وحكما ليكون حيا
من كل وجه • وفي النوع الاول المبان منه حي حقيقة لوجود الحيوة فيه وحكما لانه يتوهم
حيا بدون هذه الاعضاء وقد اعتبره الشرع • حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه
الصفة يحرم • اما في النوع الثاني فالمبان منه حي صورة لا حكما فانه لا يتوهم بقاء الحيوة
فيه بعد هذا الجرح • حتى لو وقع في الماء وبه حياة بهذه الصفة او تردى من جبل او سطح
لا يحرم • والحديث وان تناول السمك وما ابين منه الا ان ميتته حلال بالحديث
ولو وقع الفعل ذكاة • قلنا حكم الذكوة انما يظهر في المحل عند خروج الروح فاذا
ابين طرف منه والباقي حي لم يقع الفعل ذكوة فاذا خرج منه الروح وصار ذكوة لم يظهر
في الجزء المنفصل لان ظهور حكم الذكوة في الاجزاء على سبيل التبعية وقد بطلت بالانفصال
فالحاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما حرام • والمبان من الحي صورة لا معنى حكما
حلال • وذلك ان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة
لا معنى لما بينا • ولو ضرب عنق شاة فابان راسها حل لوجود قطع الاوداج • وكره
لانه بلغ النخاع وان ضربه من قبل القفا ومات قبل قطع الاوداج حرم وان بقي حيا حتى

قطع الأوداج حل وقد مر في الذبائح. ولو ضرب صيداً فقطع يداً أو رجلاً ولم يبنه
إن كان يتوهم الالتيام والاندمال حل أكله إن مات لأن هذا جرح وليس
بإبانة فكان كسائر الجراحات. وإن كان لا يتوهم اتصاله بعلاج بأن بقي متعلقاً
بجلده حل ما سواه لا هو لوجود الإبانة معنى والاعتبار للمعنى لا للصورة. ولا يؤكل
صيد المجوسي والوثني والمرتد لأن هؤلاء ليسوا من أهل الذكاة اختياراً فكذا
اضطراراً. بخلاف الكتابي لأنه من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطراراً. ومن رمى
صيداً فأصابه فلم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني
لأنه صيده بعد. وقال عليه السلام الصيد لمن أخذه. ويؤكل لأن الصيد
يحل بذكاة الاضطرار. وإن كان الأول أثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للأول
ولم يؤكل لاحتمال موته بالثاني وهو ليس بذكاة لأنه لم يبق صيداً فلا يحل
بذكاة الاضطرار للقدرة على ذكاة الاختيار. وهذا إذا كان الرمي الأول بحال
ينجو منه الصيد حتى يكون الموت مضافاً إلى الرمي الثاني فإن كان الأول بحال
لا ينجو منه الصيد فإن بقي فيه من الحياة بقدر ما يبقى في المذبوح كما إذا أبان رأسه
يحل لعلمنا بأن الموت لم يضف إلى الرمي الثاني فكان وجوده وعدمه بمنزلة. وإن كان
الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد غير أنه بقي فيه من الحياة أكثر مما يكون
في المذبوح بأن كان يعيش يوماً أو دونه فعند أبي يوسف رحمه الله لا يحرم
بالرمية الثانية لأنه لا عبرة بهذا القدر من الحياة عنده. وعند محمد رحمه الله يحرم
لأن لهذا القدر من الحياة عبرة عنده لما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه
والجواب فيما إذا كان الأول بحال يسلم منه الصيد سواء فلا يحل وضمن الثاني للأول
قيمته غير ما نقصته جراحته لأن الأول ملكه بالأخذ معنى حيث أثخنه فهو قد
أتلف صيداً مملوكاً له منقوصاً بجراحته فلا يضمنه كملا لأن قيمة المتلف تعتبر
يوم الإتلاف كما لو قتل عبداً مريضاً. وهذا إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن
كان الرمي الأول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثاني لا يسلم الصيد منه ليكون
القتل كله مضافاً إلى الثاني. وإن علم أن الموت حصل من الجرحين أو لم يدر
يضمن الثاني ما نقصته جراحته لأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير وقد نقصه
فيضمن ما نقصه ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين لحصول الموت بالجرحين
فكان متلفاً نصفه وهو مملوك غيره فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجرحين لأن
الأول لم يكن بصنعه وقد ضمن الثاني مرة فلا يضمنه ثانياً ثم يضمن نصف قيمة لحمه
ذكياً لأنه بالرمي الأول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لو لم يكن رمي الثاني فهو
بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لأنه قد ضمنه
مرة فدخل ضمان اللحم فيه. وإن رماه الأول ثانياً فالجواب في حكم الإباحة فيما لو كان

الرامي

الرامي غيره فصار كما لو رمى صيداً على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانياً فأنزله فإنه
يحرم لأن الثاني يحرم كذا هذا. ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان
وما لا يؤكل لإطلاق قوله تعالى فإذا حللتم فاصطادوا. ولأن في اصطياده تحصيل
منفعة جلده أو شعره أو ريشه أو دفع أذاه عن الناس فكان مشروعاً تحصيلاً لهذه
المنافع. رميا صيداً معاً أو متعاقباً فأصاباه معاً فهو لهما وحل لأن كل واحد
منهما رمى إلى صيد مباح وأصابته الرميتان معاً فاستويا في سبب الملك وفعل كل
واحد منهما مذك للصيد فيحل تناوله لهما. وإن رميا معاً فسبق أحدهما فهو له لأنه
أول مثخنه وحل. وقال زفر رحمه الله لا يحل لأن الأول أخرجه من الصيدية
وقد مات بالجرحين وجرح الثاني ذكاة اضطرار بعد ما صارت ذكاته ذكاة
اختيار فاجتمع المبيح والمحرم فيحرم كما لو تعاقبا في الرمي والإصابة. ولنا
أن فعل كل واحد منهما موجب للحل لأنه رمى إلى صيد والمعتبر في الحل وقت الرمي
لأن الحل بالذكاة وهي فعل المذكي وفعله الرمي. فأما في الملك فالعبرة لوقت
الإصابة دون الرمي. ولم يضمن الثاني لأن المعتبر في حق الضمان حالة الرمي وحال
الرمي الثاني كان الصيد مباحاً فلم ينعقد الرمي سبب الضمان وإرسال كلبيهما
وبازيتهما مثله في الحل والملك. أرسل بازياً فأخذ الصيد وأمسكه بمخالبه ولم يثخنه
فقتل بازي الثاني فالصيد للثاني وحل لأن يد البازي الأول ليست بيد حافظة
لتقام مقام يد المالك. أما القتل فهو إتلاف والثاني من أهل الإتلاف فينتقل الحاصل به
رمى صيداً فأصاب سهماً موضوعاً على حائط فدفعه فمضى السهم الثاني فأصاب
الصيد فقتله حل لأن اندفاع السهم الثاني بواسطة السهم الأول فأضيف إلى الرامي
كأنه رماه به. ولو رمى سهماً إلى صيد ورمى رجل آخر فأصاب السهم الثاني السهم الأول
فأمضاه حتى أصاب الصيد وقتله جرحاً إن كان السهم الأول بحال يعلم أنه لا يبلغ
الصيد بدون الثاني فالصيد للثاني لأنه الآخذ له. حتى لو كان الثاني مجوسياً أو محرماً
لا يحل. وإن كان السهم الأول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للأول
لأنه سبق في الأخذ وهو كاف بنفسه. فإن كان الثاني محرماً أو مجوسياً لا يحل
استحساناً لأنه أوجب زيادة قوة في الأول فأوجب الحرمة احتياطاً. مجوسي رمى
صيداً وأرسل كلبه فأقبل الصيد هارباً من سهمه أو كلبه فرماه مسلم أو أرسل
كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الأرض وقبل رجوع كلبه كره لأن فعل
المجوسي أعانه لأنه لولا فعله لما قدر المسلم على صيده بهذا الرمي. والشركة توجب
الحرمة والإعانة توجب الكراهة. أما إذا فعل ذلك بعد وقوع سهم المجوسي على الأرض
أو بعد رجوع كلبه لا يكره لأن فعل المجوسي لم يبق حال رمي المسلم أو إرساله.
رمى سهماً إلى صيد فصرفته الريح عن سننه يمنة أو يسرة فأصاب صيداً أو قتله حرم.

لانقطاع فعل الرامي فصار قتيل الريح. ولو زادها قوما أو مالا وبني على سننه حل لعدم
إمكان الاحتراز عنه. والله أعلم.

كتاب الرهن

يقال رهنت
الرجل الشيء ورهنته عنده وأرهنته لغة ورهنته ضيعتي وارتهنها مني أي أخذها
رهنا والرهن المرهون تسمية بالمصدر. والجمع رهون ورهان وقرئ بهما والرهينة
والرهينة الرهن أيضا. والتركيب دل على الثبات والدوام. وهو في اللغة جعل
الشيء محبوسا أي شيء كان بأي سبب كان. قال الله تعالى كل نفس بما كسبت
رهينة أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي. وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا
بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون حتى لا يصح الرهن إلا بدين واجب
ظاهرا وباطنا أو ظاهرا. فأما بدين معدوم فلا يصح إذ حكمه ثبوت يد الاستيفاء
ولا استيفاء قبل الوجوب. فإن قيل الرهن يصح بالأعيان المضمونة بنفسها كالمغصوب
ونحوه ولا دين. قلنا الموجب الأصلي ثم القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور
ومعدين. ولهذا تصح الكفالة والإبراء عن الدين الضمان حال قيام العين. ولولا
أن الموجب الأصلي هو القيمة لما صحا لأن الإبراء عن العين أو الكفالة بها لا تصح
وعند البعض وإن كان الموجب الأصلي رد العين ورد القيمة مخلص فوجوب
القيمة عند هلاك العين بالقبض السابق بطريق الاستناد. ولهذا يعتبر قيمته يوم
القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالكفالة وهذا لا يبطل
الحوالة المقيدة بالعين المغصوبة بالهلاك بخلاف الوديعة فإن الحوالة المقيدة بها
تبطل بالهلاك. ومشروعيته بالكتاب وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة. والسنة
فقد اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم من يهودي طعاما بنسيئة ورهنه درعه
وعليه إجماع الصحابة والأمة. ولأنه وثيقة لجانب الاستيفاء فصار كالوثيقة في
جانب الوجوب وهي الكفالة والحوالة فإنهما مختصان بالذمة التي هي محل الوجوب
إذ الذمة تصير مضمومة إلى الذمة في المطالبة أو يتحول الدين من ذمة إلى أخرى
آمن من الأول. والرهن عقد وثيقة بمال والمال محل الاستيفاء والدين منه. ويلزم
بالإيجاب والقبول والقبض. قالوا الركن مجرد الإيجاب لأن الرهن عقد
تبرع إذ الراهن لم يستوجب ما أثبت من اليد للمرتهن فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة
واختلفوا في القبول فقال بعضهم إنه شرط وظاهر ما ذكر في المحيط يشير إلى
أنه ركن فإنه قال في الأيمان الإجارة بدون القبول ليست بإجارة وكذا
الرهن حتى لا يحنث من حلف لا يؤجر أو لا يرهن بدون القبول. وهكذا ذكره في المنتقى
وأما القبض فشرط اللزوم. وقال مالك يلزم الرهن بالإيجاب والقبول لأنه
عقد يختص بالمال من الجانبين فأشبه البيع ولأنه وثيقة بالدين فيلزم كالكفالة
والحوالة فيلزم بالقبول. والخلاف معه بناء على الخلاف في الهبة والصدقة. ولنا

ماتلونا

ما تلونا. والمصدر إذا ذكر بحرف الفاء في موضع الجزاء يراد به الأمر كقوله تعالى
فضرب الرقاب. فكان هذا أمرا بالرهن بهذه الصفة فينتفي جوازه بدون هذه الصفة
ولأنه عقد تبرع لأنه شرع وثيقة بالدين. والوثائق ليست بواجبة التحصيل ولهذا
لا يجبر عليه. والتبرع لا يفيد حكمه إلا بإمضائه كالتبرع بالأعيان هبة أو صدقة
وذا بالقبض فإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض على
الكمال فلزم العقد. وقوله محوزا أي مقسوما وهو احتراز عن رهن دار فيها
متاع الراهن. وقوله متميزا أي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما
لو رهن الثمر على رؤوس الشجر دون الشجر لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة
فصار كالشائع. ثم في ظاهر الرواية قبض الرهن يثبت بالتخلية كما في البيع
لأنه قبض بحكم عقد مشروع بمنزلة قبض المبيع. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب فكما
أن المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون النقل فكذا المرهون. بخلاف
الشراء لأن قبضه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري لا أن يكون موجبا للضمان
ابتداء. والأول أصح لأن حقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية فالقبض الموجب ليد
الاستيفاء بالتخلية وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن
الرهن لما مر أن اللزوم بالقبض إذ المقصود إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين
وذا لا يحصل إلا بثبوت يد المرتهن على الرهن ومنع الراهن عنه. فإذا سلمه إليه
وقبضه دخل في ضمانه بالقبض. وقال الشافعي رحمه الله إنه أمانة ولا يسقط
شيء من الدين بهلاكه وبه قال مالك رحمه الله لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن
لصاحبه غنمه وعليه غرمه. وزعم أن معنى قوله لا يغلق الرهن لا يصير مضمونا
بالدين. وقوله لصاحبه غنمه أي زوائده تكون له. وعليه غرمه أي لو هلك يهلك
على الراهن. ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين كما لا يسقط بهلاك
الصك وموت الشهود. وهذا لأن بعقد الوثيقة يزداد معنى الصيانة. قلنا
بأنه يسقط دين المرتهن بهلاكه لكان ضد ما اقتضاه العقد. ولأن الحق به
يصير بعرض التوى وذلك ضد معنى الصيانة. ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين
أمانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يجوز أن يثبت حكم الضمان بهذا
القبض في البعض دون البعض. ولنا قوله عليه السلام لرجل ارتهن فرسا بحق
له على آخر فهلك عنده ذهب حقك. ولا يجوز أن يراد به ذهب حقك في الحبس لأنه
محسوس لا يحتاج إلى البيان. ولأنه ذكر الحق معرفا بالإضافة فيراد به
المذكور الذي سبق ذكره كقوله تعالى فعصى فرعون الرسول. وقوله عليه السلام
إذا عمي الرهن فهو بما فيه. أي إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بأن قال

الراهن لا اداء كم كانت قيمته • وقال المرتهن كذلك فهو بما فيه من الدين واجماع
الصحابة والتابعين رضوان الله عليهم اجمعين على ان الرهن مضمون • وان اختلفوا
في كيفيته فقال ابو بكر وعلي رضي الله عنهما هو مضمون بالقيمة • وقال عمر وابن مسعود
رضي الله عنهما هو مضمون باقل من قيمته ومن الدين • وقال ابن عباس رضي الله عنهما
هو مضمون بالدين قلت قيمته او كثرت • وهو قول شريح رضي الله عنه فالقول
بالامانة خرق للاجماع • ولم يفهم احد من اهل اللغة من قوله عليه السلام لا يغلق
الرهن نفي الضمان عن المرتهن • وذكر الكرخي عن السلف كطاوس وابرهيم وغيرهما
رحمهم الله انهم اتفقوا على ان المراد به لا يحتبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن
فكاكه بان يصير مملوكا للمرتهن • والدليل عليه ما روي عن الزهري ان اهل الجاهلية
يرتهنون ويشترطون على الراهن ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك
للمرتهن • فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لا يغلق الرهن بما فيه • وقيل
لسعيد ابن المسيب رضي الله عنه اهو قول الرجل ان لم يات بالدين الى وقت كذا فالرهن
بيع فقال نعم • ولان الثابت للمرتهن ملك اليد والحبس لانه ينبي عن الحبس الدايم
قال الشاعر • فارقتك برهن لا فكاك له • يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا •
اي ارتهنت قلبه فذهبت به واحتبس قلبه عندها على وجه لا فكاك له • فدل انه
يوجب حبس الرهن بالدين دايما وذا انما يكون بملك الحبس واليد وذا لا يكون الا بالضمان
وهذا كالكفالة والحوالة فانهما للضم والنقل لغة • ولضم الذمة الى الذمة في المطالبة
ونقل الدين عن ذمة الى ذمة شريعة ليطابق الشرعي اللغوي اذ هو الاصل • ولان
الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء حتى اختص بما يمكن استيفاء الدين منه وهو المال المتقوم
واختص بحق يمكن استيفاؤه من الرهن وهو الدين • حتى لا يصح الرهن بالاعيان
ولا بالعقوبات كالقصاص والحدود وكان لصاحب الحق قبله حقان وجوب • وهو
يختص بالذمم واستيفاء • وهو يختص بالاموال وعقد الرهن يختص بالمال دون الذمة
فعلم انه وثيقة لجانب الاستيفاء • والوثيقة بالشيء انما تكون بزيادة من جنسه فعلم
ان حكم الرهن ثبوت ملك اليد والحبس وكونه مضمونا على القابض بما استوفى به
كما في حقيقة الاستيفاء • فان المستوفى ثم يكون مضمونا على المستوفي وله على الموفي
مثل ذلك فصار قصاصا به • فكذا اذا قبضه رهنا وصار مضمونا عليه بعين اليد •
فاذا هلك وجب على المرتهن للراهن مثل ما كان للمرتهن على الراهن قصاصا • وفي المقاصة
اخر الدينين يكون قضاء عن اولهما فيكون المرتهن مستوفيا حقه • وبهذا يثبت
الضمان بقدر الدين لان الاستيفاء به يتحقق فكان الراهن جعل قدر الدين في وعاء
وسلمه الى رب الدين ليستوفي حقه منه • فعند هلاكه في يده يتم استيفاؤه في مقدار
حقه • ولهذا كان الفضل امانة كما لو جعل خمسة عشر درهما في كيس ودفعه

الى رب

الى رب الدين ليستوفي دينه منه عشرة فيكون امينا في الزيادة • ولهذا جعلنا العين
امانة في يد المرتهن لان الاستيفاء يحصل من المالية دون العين فالاستيفاء
بالعين يكون استبدالا والمرتهن عندنا مستوف لا مستبدل • وانما يتحقق الاستيفاء
بحق الجنس والمجانسة بين الاموال باعتبار صفة المالية دون العين فكان هو امينا
في العين كالكيس في حقيقة الاستيفاء • ولهذا كانت نفقة الرهن على الراهن في حياته
وكفنه بعد مماته • وهذا معنى قوله عليه السلام غنمه لا مانة وغرم • وبهذا
التقرير تبين ان معنى الصيانة فانه يقع الامن من جحود الدين مخافة جحود المرتهن
الرهن ويعجز عن الانتفاع بالرهن فيسارع الى قضاء الدين • ومن ضرورته فراغ
ذمة الراهن عند هلاك الرهن وتمام الاستيفاء • وذا لا ينافي كونه وثيقة
لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها توجب الدين في ذمة المحتال صيانة لحق الطالب
وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل وبه لا يزول معنى الوثيقة • وبه فارق
هلاك الشهود والصك لان سقوط الدين عندنا باعتبار ثبوت يد الاستيفاء
اذا تم ذلك هلاك الرهن وذلك لا يوجد في الصك والشهود • وانما لا يصير المرتهن
قابضا بنفس الشراء لان الشراء يلاقي العين وقد مر ان العين امانة وقبض
الامانة دون قبض الشراء فلا ينوب عنه • واذا ثبت الاستيفاء من وجه تم بالهلاك
فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربو • والتحرز عن الربا واجب وليس ذلك الا بالتحرز
عن استيفاء الدين لان ما لا يتوصل الى الواجب الا به يجب كوجوبه • بخلاف حالة
القيام لانه يمكن نقض هذه الاشياء بالرد على الراهن فلا يتكرر الاستيفاء ولا
يمكن هنا استيفاء الصورة الا بنقض الاستيفاء الذي سبق ولا يمكنه ذلك لمكان
الهلاك فيصير ذاهبا بالدين ضرورة • فان قيل لو كانت هذه يد استيفاء لاوجب
الملك في المستوفى قلنا لم نقل انه يد استيفاء بل يد وثيقة للاستيفاء والاستيفاء
حقيقة يثبت الملك وهو متاخر بالهلاك • فالحاصل ان حكم الرهن عندنا ان يصير
الرهن محبوسا بالدين ويصير مستوفيا دينه من وجه بقبضه ويتقرر ذلك بالهلاك
فيسقط الدين ويسري هذا الحكم الى الولد لانه يملك بملك الاصل • وليس للراهن استردا ده
وركوبه وشربه لبنه لانه ينافي موجبه وهو ملك الحبس للمرتهن على الدوام •
ورهن المشاع لا يصح لان قبضه على الدوام لا يوجد فيه • اذ في المهاياة يفوت حبسه
يوم قبض الراهن • وعندنا صيرورة المرتهن احق به بيعا بدينه وعند البيع هو احق بثمنه
فاذا هلك لا يسقط الدين لانه امانة عنده • ولا يسري الى الولد لان تعيين عين المبيع
لا يقتضي تعيين عين اخرى للبيع وصح رهن المشاع لانه يجوز بيعه • وللراهن استرداده
وركوبه وشرب لبنه لبقاية على ملكه ولا ينافي موجبه وهو تعيينه للبيع •
ثم هو عندنا مضمون باقل من قيمته ومن الدين فلو هلك في يد المرتهن وقيمته

مثل دينه صار المرتهن مستوفيا لدينه • وإن كانت قيمة الرهن أكثر من دينه
فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا • لأن الضمان باعتبار الاستيفاء وهو
بقدر الدين • وإن كان أقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل • بيانه
إذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن يسقط دينه فإن كانت
قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى • وإن كانت قيمته خمسة عشر
فالفضل أمانة عندنا • وعند زفر رحمه الله يرجع الراهن على المرتهن بخمسة لأن الرهن
عنده مضمون بالقيمة لقول علي رضي الله عنه يترادان الفضل في الرهن • ولأن
الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة كقدر الدين
ومذهبنا يروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما • ولأن الرهن مقبوض
للاستيفاء والمقبوض بجهة الشيء كالمقبوض بحقيقته في حكم الضمان • ثم المقبوض
بحقيقة الاستيفاء مضمون على القابض بقدر ما يستوفي به كما مر فكذا المقبوض
بجهة الاستيفاء • والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها بجهة الاستيفاء
والثابت ضرورة يتقدر بقدرها ولا ضرورة في حق الضمان لصحة الرهن مع عدم
الضمان لصحة الرهن مع عدم الضمان كما إذا استعار الرهن الراهن • والمراد بالتراد
في حالة البيع أي إذا باع الرهن يرد ما زاد على الدين • ولو كان الدين زائدا يرد
الراهن يدل عليه ما روى محمد ابن الحنفية عن علي رضي الله عنهما أنه قال المرتهن
في الفضل أمين • وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لبقاء حقه بعد الرهن
وإنما الرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة • فإذا ظهر مطله عند القاضي حبسه
لأنه جزاء الظلم وقد مر بيانه في كتاب القضاء • وإذا طلب المرتهن الراهن بالدين
أمر المرتهن بإحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلو أمر بقضاء الدين قبل
إحضار الرهن ربما هلك الرهن بعد ذلك أو يكون هالكا قبل ذلك فيصير مستوفيا
دينه مرتين • فإذا أحضره أمر الراهن بتسليم دينه أولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن
تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا • وكذا
إن طالبه بالدين في غير بلد الرهن ولا حمل له ولا مؤنة • لأن الأماكن كلها كمكان
العقد فيما لا حمل له ولا مؤنة • ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء
في السلم بالإجماع فيؤمر بإحضاره وإن كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يكلف
المرتهن على إحضار الرهن لأن المرتهن عاجز عن الإحضار والتسليم غير واجب عليه
في بلد لم يجر فيه العقد • ولأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل
من مكان إلى مكان • لأن العين أمانة ولكن للراهن أن يحلفه بالله ما هلك • ولو سلط
الراهن العدل أو المرتهن على بيع الرهن فباعه بنقد أو نسيئة صح لأنه سلطه على البيع
مطلقا • فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن إحضار الرهن بل يؤمر بقضاء الدين

لأن

لأن المرتهن عاجز عن إحضار الرهن لحصول البيع بأمر الراهن وتسليطه • وهلاك الثمن
عند العدل أو المشتري أو المرتهن قبل قضاء الدين أو بعده على المرتهن لقيام الثمن
مقام الرهن وهلاك الرهن كان على المرتهن فكذا هلاكه • فلو قبضه يكلف
إحضاره لتحول حكم الرهن إلى الثمن • لأن للبدل حكم المبدل والمتولي لقبض الثمن البائع
لأنه العاقد فترجع الحقوق إليه • وكما يكلف إحضار الرهن لاستيفاء كل الدين
يكلف إحضاره لإيفاء نجم قد حل لأنه لا ضرر له في الإحضار • وفيه فراغ قلب
الراهن عن توهم الهلاك ولكن لا يسلم إلى أن يقبض جميع الدين • ولو قتله رجل
العبد المرهون خطأ ووجبت قيمته على عاقلة القاتل في ثلث سنين لا يجبر الراهن
على قضاء الدين حتى تحضر كل القيمة • لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من إحضار
كلها كما لا بد من إحضار كل الرهن وما صار العبد دينا بتسليط من جهة الراهن
بخلاف البيع لأنه صار دينا بتسليطه فافترقا • ولو كان الرهن على يد عدل وأمر
أن يودعه غيره ففعل العدل ثم جاء المرتهن لطلب دينه لا يكلف المرتهن إحضار
الرهن وأمر الراهن بتسليم الدين لأن الراهن لم يرض بيد المرتهن فلا يلزمه إحضار
ما ليس في يده • ألا ترى أن المرتهن لو أخذه من العدل يكون غاصبا ضامنا فكيف يلزمه
إحضار شيء لو أخذه يصير غاصبا • ولو أودعه العدل عند من في عياله وغاب وطلب
المرتهن دينه وقال المودع أودعني فلان ولا أدري لمن هو أو العدل غاب بالرهن
ولم يدر أين هو لا يكلف المرتهن إحضار الرهن ويجبر الراهن على قضاء الدين • لأن
المرتهن عاجز عن التسليم • وإن أنكر المودع الإيداع وقال هو مالي لا يملك المرتهن قبض
الدين • لأن بالجحود توى الرهن فيثبت الاستيفاء فلا يملك قبض الدين حتى يثبت كونه
رهنا • ولو كان الرهن في يد المرتهن ليس عليه أن يمكنه من بيعه حتى يقضيه
الدين لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين • فإذا قضاه الدين قيل له سلمه
إليه لأنه زال المانع من التسليم إليه لوصول الحق إلى مستحقه • فلو قضاه بعض الدين
فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي ما بقي قل أو كثر • لأن الرهن محبوس بالدين
فيبقى ما بقي شيء منه كحق الحبس للبائع • فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضى لصيرورته
مستوفيا عند هلاك الرهن بقبضه السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فينتقض
الاستيفاء الثاني تفاديا عن الربا • وكذا لو تفاسخا الرهن ولم يرد الرهن على وجه
الفسخ على الراهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه • لأن الرهن لا ينفسخ مقصودا
بالمناقضة بالقول • حتى لا يكون للراهن حق الأخذ بغير رضى المرتهن بعد المناقضة
كما قبل المناقضة فصار وجود هذه المناقضة وعدمها بمنزلة • فيبقى مضمونا
ما بقي القبض • ولو رده لا على وجه الفسخ بل على وجه العارية لا يبطل الرهن أيضا
فلو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن • وليس للمرتهن

أن ينتفع بالمرهون استخداماً وسكنى ولبساً إلا أن يأذن له المالك لأن الثابت له حق الحبس دون الانتفاع. وهذا لأن الانتفاع يكون بالعين وهو فيما يرجع إلى الصورة أمانة وليس له أن يبيعه إلا بتسليط من الراهن لأن عقد الراهن لا يقتضي البيع فلا يملكه إلا بتوكيله من قبل الراهن. وليس له أن يؤجره ويعيره لأنه لما لم يملك الانتفاع بنفسه لا يملك تسليط غيره عليه. فإن فعل كان متعدياً ولم يبطل عقد الرهن بالتعدي. وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله. ومعناه أن يكون الولد في عياله أيضاً لأن عينه أمانة عنده والحفظ يكون بهؤلاء فملك الدفع إليهم كما في الوديعة. وإن حفظ بغير من في عياله أو أودعه ضمن. وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف الذي مر في الوديعة. وإذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لأن الزيادة على قدر الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي. ولو رهنه خاتماً فجعله في خنصره فهو ضامن لأنه مأذون في الحفظ غير مأذون في الاستعمال وهذا لبس واستعمال فصار ضامناً. واليمنى واليسرى في ذلك سواء لأن الناس يختلفون فيه تجملاً. ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً بما فيه لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ دون الاستعمال. وكذلك الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً ضمن. وإن وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدهما لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين لأن العادة قد جرت بتقلد سيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة. وإن لبس خاتماً فوق خاتم يرجع إلى العادة فإن كان اللابس ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن. وإن كان لا يتجمل بذلك فهو حفظ وليس بلبس فلا يضمن. وأجرة بيت يحفظ فيه الرهن وأجرة الحافظ على المرتهن وأجرة راعيه ونفقة الرهن على الراهن. والأصل أن ما يرجع إلى البقاء فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باقية على ملكه فكذا منافعه مملوكة فيكون إبقاؤه عليه لأنه مؤنة ملكه كما في الوديعة. وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لأنه يحتاج إليه لعلف الحيوان وهو كالطعام والشراب. ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه. وما يرجع إلى حفظه فهو على المرتهن وذلك مثل أجر الحافظ لأن الحفظ واجب عليه والإمساك حق له فيكون بدله عليه. وكذا أجر البيت الذي يحفظ فيه الرهن في الروايات المشهورة لأن الحفظ على المرتهن ولا يتأتى الحفظ إلا في منزل فمؤنته كذلك تكون على المرتهن وهذا لأنه في الحفظ عامل لنفسه لأنه يقصد به إضجار الراهن. وعن أبي يوسف رحمه الله أن كرى المأوى على الراهن لأنه بمنزلة النفقة لكونه سعياً في بقائه وما يلزمه لرد العين فهو على المرتهن. وذلك كجعل الآبق لأن يد الاستيفاء كانت ثابتة

على المحل

على المحل ويحتاج إلى إعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤن الرد فتكون عليه. وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء. فإن كانت قيمة الرهن أكثر فعلى المرتهن بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الأمانة لأنه في قدر الأمانة بمنزلة المودع وهذا بخلاف أجرة البيت فإنه يجب الكل على المرتهن وإن كان في قيمة الرهن فضل لأن ذلك إنما لزمه بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له. فأما الجعل فإنما لزمه لأجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون. ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم بقدر الأمانة والضمان لأنها للإصلاح وبالصلاح ينتفع المرتهن في المضمون والراهن في الأمانة. والعشر فيما يخرج يأخذه الإمام لأن العشر متعلق بالعين فيكون مقدماً على حق المرتهن ولا يبطل الرهن في الباقي. بخلاف ما إذا استحق بعض الرهن شائعاً لأن تعلق العشر والخراج لا يخرجه عن ملكه ولهذا يجوز بيعه وله الأداء من محل آخر بخلاف الاستحقاق. وكل ما وجب على الراهن فأداه المرتهن بغير إذنه أو وجب على المرتهن فأداه الراهن بغير إذنه فهو متطوع لأنه قضى دين غيره بغير أمره. وما أنفق كل واحد منهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه لأن للقاضي ولاية عامة فكأن صاحبه أمره به. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا كان الراهن غائباً فأنفق المرتهن بقضاء القاضي رجع عليه. وإن كان حاضراً لم يرجع. وقال أبو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين. وهذا فرع اختلافهم في الحجر على الحر. فعند أبي حنيفة رحمه الله لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجوراً عليه ولا يملك حجره بخلاف حال غيبته. وعندهما يملك الحجر عليه.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

ولا يجوز رهن المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم. وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأن موجب الرهن استحقاق البيع في الدين والمشاع يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم. ولنا أن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن ويد الاستيفاء في الجزء الشائع لا تتحقق لأن اليد حقيقة لا تثبت إلا على جزء معين. فإن قيل كيف يستقيم هذا والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فإن من كان له على غيره عشرة فدفع إليه المديون كيساً فيه عشرون درهماً ليستوفي حقه منه يصير مستوفياً حقه من النصف شائعاً. وإذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء. قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوع لا يمنع الملك. وموجب الرهن يد الاستيفاء فقط وذا لا يتحقق في الجزء الشائع. ولأن موجب عقد الرهن دوام يد المرتهن عليه من وقت العقد إلى وقت الفكاك لقوله تعالى فرهان مقبوضة. فهذا يقتضي أن لا يكون مرهوناً إلا في حال يكون مقبوضاً فيه. ولأن المقصود بالرهن صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود وإضجار الراهن ليسارع

الى قضاء الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه. ونعني به
دوام استحقاق اليد لا وجود يد المرتهن حسا فبالاعارة من الراهن او الغصب لا يفوت
الاستحقاق فلهذا لا تبطل يد الراهن وذلك لا يتحقق مع الشيوع لانه يحتاج الى
المهاياة مع المالك في الامساك وينتفع المالك به يوما بحكم الملك ويحفظه المرتهن يوما
بحكم الرهن فهو بمنزلة قوله رهنتك يوما ويوما لا. فانه لا يجوز لانه يفوت استحقاق
اليد للمرتهن في نوبة الراهن بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتمل القسمة. بخلاف
الهبة حيث تكون فيما لا يحتمل القسمة. لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهي فيما
يقسم لا فيما لا يقسم. وموجب الهبة الملك والمشاع يقبله والقبض شرط تمام ذلك
العقد فيراعى وجوده في كل محل بحسب الامكان وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة. ولهذا لم يجز رهن المشاع من الشريك
ايضا. لان موجب العقد لا يتحقق فيما اضيف اليه العقد سواء كان العقد
مع الشريك او مع الاجنبي. وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم
الرهن فصار كانه رهن يوما ويوما لا. والشيوع الطارئ بان رهن جميع العين
ثم تفاسخا العقد في النصف وردة المرتهن كالمقارن في انه مبطل للرهن في الصحيح
حتى قالوا في العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع نصفه يبطل الرهن في
النصف الثاني. وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم
الرهن. كما لا يمنع بقاء الهبة لان البقاء اسهل من الابتداء. الا ترى ان
صيرورة المرهون دينا في ذمة غير المرتهن يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع بقاءه. حتى
اذا اتلف المرهون انسان او باع المرهون بثمن تكون القيمة او الثمن رهنا في ذمة من
عليه وابتداء عقد الرهن مضافا الى الدين في الذمة لا يجوز. وجه الاول ان الكلام
وقع في محل الرهن وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية
في النكاح. فان قيل اذا زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب
وان تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز. قلنا لان المكاتب لا يملك سبب من اسباب
الملك فكذا بالوراثة. وفيما اذا تزوجت مكاتبها انما لا يجوز لان الملك ثابت لها من
وجه ونكاح المملوك من وجه او من كل وجه لا يجوز بخلاف الهبة. لان المشاع محل
لحكم الهبة فان حكمها الملك والمشاع يقبل ذلك. والقبض انما اعتبر في الابتداء لنفي
الغرامة على ما مر ولا حاجة الى اعتبار هذا المعنى في حالة البقاء. الا ترى ان الواهب
لو رجع في بعض الهبة بقيت الهبة في الباقي ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن
ولا رهن ثمر على النخل دون النخل ولا زرع في الارض دون الارض ولا رهن النخل
في الارض دون الارض. لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان بمنزلة الشائع
وكذا لو رهن الارض دون الزرع او النخل دون الثمرة. والاصل

ان المرهون

ان المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز الرهن كرهن المشاع اذ لا يمكن
قبض المرهون وحده. وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ان رهن الارض
بدون الاشجار يصح. لان اسم الشجر يقع على النابت على الارض ولهذا يسمى بعد القطع
جذعا لا شجرا فكانه استثنى الاشجار بمواضعها من الارض. فكان عقد الرهن
متناولا ما سوى ذلك الموضع من الارض وهو معين معلوم. بخلاف ما لو رهن
الدار دون البناء حيث لا يصح. لان البناء اسم للمبني دون مكانه من الارض فصار
راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن. ولو رهن النخيل بمواضعها جاز
لان هذه بقعة معينة ومجاورته بغيرها لا يمنع صحة الرهن. ولو كان في ذلك ثمر
دخل في الرهن. لانه تابع للمرهون لاتصاله به. فاذا شرع في العقد ولا صحة له الا بعد
دخول الثمرة في العقد فتدخل تبعا تصحيحا للعقد. بخلاف ما اذا باع النخل حيث لا يدخل
ثمرته لان بيع النخل دون الثمرة صحيح فلم يكن بنا حاجة الى ادخال الثمرة فيه بغير تسمية
ولو كان في الدار متاع قليل وكثير من الثياب والحبوب وغير ذلك مما ينتفع به
لم يتم الرهن حتى تفرغ. لان الدار مشغولة بما فيها فيمنع من التسليم. ولو رهنها وما
فيها وخلى بينه وبين ذلك وهو خارج منها تم الرهن لان الكل مرهون فتم القبض
في الكل. فان قيل هلا دخل المتاع في الرهن وان لم يسمه تصحيحا للعقد كالثمر
قلنا الثمر تابع للنخل الا ان هذه التبعية ليست بلازمة لانها للقطع فجاز ان تدخل
في الرهن. واما المتاع فليس بتابع بوجه فلا يدخل بغير تسمية. وكذا يدخل الزرع
والرطبة في رهن الارض ولا تدخل في البيع لما بينا في الثمرة. واذا قال رهنتك
هذه الارض او هذه الدار او هذه القرية واطلق القول ولم يخص شيئا دخل البناء والغرس
لانهما يدخلان في البيع على سبيل التبع وان لم يقتض صحة البيع الى دخولهما فلان يدخل
في الرهن وصحته مفتقرة الى دخولهما اولى فلو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه
ينظر الى الباقي فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل
كله. لان المستحق لم يدخل في الرهن فكان رهنا في الباقي ويمنع التسليم
كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة ومتاعه في الوعاء المرهون. ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى تلقي الحمل لانها مشغولة بالحمل كشغل الدار بالمتاع
ولو رهن الحمل دون الدابة ودفعها اليه كان رهنا تاما في الحمل لان الرهن
ليس بمشغول بغيره ولا هو تابع له. فصار كما لو رهن متاعا في وعاء دون الوعاء
والوعاء. ولو رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها فدفع اليه الدابة مع السرج واللجام
لم يكن رهنا حتى ينزعه من الدابة ثم يسلمه لانه من توابع الدابة. فصار كثمرة
النخل. وكذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج او لجام دخل ذلك في الرهن من
غير ذكر. ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان موجب الرهن

ثبوت يد الاستيفاء ولا استيفاء من هذه الاعيان لا باعتبار القيام المانع في هؤلاء. ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة. لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن فكان قبض الرهن مضمونا فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه. واذا اودع رجل وديعة فقال ضاعت او رددت وادعى المودع الاستهلاك او كان المودع ساكتا او يقول لا ادري لا يجوز الصلح عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله. وعند محمد رحمه الله يجوز بناء على ان البراءة تقع بمجرد دعوى الرد عندهما. وعنده يشترط اليمين فهو بالصلح افتدى عن اليمين فصح. بخلاف ما لو جحد الايداع وهو يدعي الوديعة وادعى الاستهلاك وهو يقر بالايداع ولم يدع الرد او الهلاك فاصطلحا يجوز الصلح لان الصلح بناء على زعم المدعي ففي كل موضع صح الصلح صح الرهن لوجوب الدين ظاهرا والا لا لحصول الرهن بلا دين. ولا يصح الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع لان المبيع ليس بمضمون. الا ترى انه اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئا ولكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن به فلو هلك يهلك بغير شيء. لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه. فاما الاعيان المضمونة بنفسها وهو ان يكون مضمونا بالمثل عند الهلاك ان كان مثليا او بالقيمة ان لم يكن مثليا كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد فيصح الرهن بها. لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فصح. والرهن بالدرك باطل وتصح الكفالة بالدرك. والفرق ان الرهن مشروع للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب. لان الواجب هو الذي يستوفى وضمان الدرك هو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلا يجب قبل الاستحقاق فلا يصح مضافا الى حال وجوب الدين. لان الاستيفاء معاوضة فلا تحتمل الاضافة لان اضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز. اما الكفالة فمشروعة لالتزام المطالبة لا لالتزام حق الدين والتزام الافعال يصح مضافا الى زمان الاستقبال كالتزام الصدقات والصوم بالنذر. ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز. ولو رهن مالا عنده رجل بما يذوب له عليه لا يجوز. وتفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ الثمن من البائع رهنا قبل بالدرك وانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك او لم يحل. لانه لا عقد حيث وقع باطلا. بخلاف الرهن بالدين الموعود. وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم فقبض الرهن وهلك في يد المرتهن قبل ان يقرضه الفا فانه يهلك مضمونا على المرتهن حتى يجب على المرتهن تسليم الالف الى الراهن بعد الهلاك.

لان الموعود

لان الموعود كالموجود باعتبار الحاجة فكان الرهن حاصلا بعد القرض حكما اذ الظاهر ان الخلف لا يجري في الوعد وكان مفضيا الى الوجود غالبا. بخلاف الرهن بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا غالبا. اذ الظاهر ان المسلم يبيع مال نفسه. ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فاعطي له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء مضمون على القابض لانه مضمون بجهة الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته في ايجاب الضمان. غير ان المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغة ما بلغت لا بالمسمى من الثمن والمقبوض على سوم الرهن مضمون بما سمياه لا بالقيمة. لان ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وليس بضمان مبتدأ فيتقدر بالدين ضرورة وضمان البيع ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب. فلا يصح باجرة النائحة والمغنية وثمن الحر والخمر لان الدين غير واجب. ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان الاستيفاء منه غير ممكن. ولان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء. ولا يجوز الرهن بقصاص في نفس او فيما دونها لان الاستيفاء غير ممكن. وان كانت الجناية خطأ جاز الرهن لان الواجب هو الارش واستيفاء الارش واجب ممكن من الرهن. ولا يجوز الرهن بالاخذ بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري اذ لو هلك لم يلزم المشتري ضمان. وكذا لا يصح الرهن بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى. فانه لو هلك لم يجب عليه شيء. ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنها من مسلم او ذمي لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء والمسلم لا يمكنه ايفاء الدين من الخمر ولا الاستيفاء. لان الراهن اذا كان ذميا والمرتهن مسلما فالخمر مضمونة على المسلم للذمي بالاقل من قيمتها ومن الدين كما يضمنها بالغصب. وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه. واذا جرى ذلك فيما بين اهل الذمة فهو صحيح لانها مال في حقهم. ورهن الميتة او الدم لا يصح من ذمي وغيره لانها ليست بمال في حق احد. وصح بثمن عبد وثمن خل وذبيحة وبدل صلح عن انكار وان استحق او وجد حرا او خمرا او ميتة او تصادقا ان لا دين لان الدين وجب ظاهرا وهو كاف لانه اكثر من الدين الموعود. وكذا اذا قتل عبدا خطأ ورهن بقيمته رهنا ثم تبين انه كان حرا لانه حصل بدين مضمون ظاهرا. وهذا كله على ظاهر الرواية. وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه. ويصح الرهن برأس مال المسلم وثمن الصرف. وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه لو صح لصار مستوفيا به وهو استبدال لعدم المجانسة والاستبدال بهما لا يجوز. ولنا انه يجوز لانه رهن بدين مضمون فيصح. وانما يصير مستوفيا باعتبار المالية والمجانسة ثابتة

من حيث المالية فيتحقق الاستيفاء وقد قررناه من قبل • فلو هلك الرهن بثمن الصرف
ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق
القبض حكما وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لأن القبض فات حقيقة وحكما
أما حقيقة فظاهر وكذا حكما لأنه يكون بالهلاك فلا يثبت قبله • ويصح الرهن
بالمسلم فيه لما بينا • ولزفر رحمه الله روايتان فيه فإن هلك الرهن بالمسلم فيه صار
مستوفيا للمسلم فيه لما مر • ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا
برأس المال حتى يحبسه لأنه بدله فصار كالمغصوب إذا هلك وبه رهن
حيث يكون رهنا بقيمته لأن للبدل حكم المبدل • ولو هلك الرهن بعد
التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه رهنه بالطعام حقيقة وإنما ظهر أثره في رأس
المال في الحبس لأنه بدله وقام مقامه فإذا هلك يهلك بالأصل كمن باع عبدا
وسلمه وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له حبسه لأجل المبيع لأن الثمن بدله • ولو
هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا • وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه
للمشتري أن يحبس المبيع ليستوفي ثمنه • فلو هلك المشترى في يد المشتري يهلك
بقيمته • ويجوز للأب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لأن له الإيداع هذا
ابتداء وعين الرهن أمانة وهو بسبيل من إيداع ماله على وجه لا يكون مضمونا
على المودع • فلأن يكون بسبيل من الإيداع على وجه يكون مضمونا على المودع أولى
والمرتهن أشد حفظا من المودع لما يلحقه من ضرر سقوط الدين عند الهلاك ولا
ضرر يلحق المودع عند الهلاك والوصي بمنزلة الأب في هذا لما بينا • وعن أبي
يوسف وزفر رحمهما الله لا يجوز ذلك منهما وهو القياس لأنه يقضي دينه من مال
اليتيم فلا يجوز كما لو قضاه قصدا • ولنا أن للأب والوصي أن يودعا مال الصغير
وهذا أنفع للصغير من الإيداع لما بينا بخلاف حقيقة الإيفاء لأنه إخراج ذلك
العبد من ملك الصغير بغير عوض يدخل في ملكه بمقابلته في الحال فلا ينفذ منهما •
وهنا لا تخرج العين من ملكه بل فيه نصب حافظ لماله بأجر مع بقاء ملكه
فافترقا وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه إذا هلك عنده • ويصير الأب
أو الوصي موفيا ويضمنه للصبي لأنه قضى دينه بماله • وكذا لو سلطا المرتهن
على بيعه لأنه توكيل بالبيع وهما يملكان ذلك في مال الصغير • وفي الحقيقة هذه المسألة
تنبني على البيع فإن الأب أو الوصي إذا باع مال الصبي من غريم نفسه بمثل
ما عليه من الدين جاز ويصير الثمن قصاصا بدينه • ويضمنه للصبي عندهما •
وعند أبي يوسف رحمه الله لا يصير الثمن قصاصا بدينه • وكذلك وكيل البائع
بالبيع وإذا كان من أصله أنه لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع
ملك بطريق الرهن أيضا لأن الرهن نظير البيع من حيث أنه يصير قاضيا دينه عند

هلاك

هلاك الرهن ضامنا مثله للصبي • وإذا رهن الأب من نفسه أو من ابن صغير أو
عبد له تاجر لا دين عليه متاع الصغير جاز لأن الأب لوفور شفقته وكمال
ولايته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما
في بيعه مال الصبي من نفسه • فتولى طرفي العقد • ولو ارتهنه الوصي من نفسه
بأن كان له على الصبي دين أو من هذين أي من صغير للوصي وعبد للوصي
أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لأنه وكيل حقيقة • وحقوق
العقد ترجع إليه والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما
في البيع • ولا يمكن أن يلحق بالأب لقصور شفقته وولايته وكونه متهما
ورهن الوصي من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من
نفسه فلا يصح كما لو رهن من نفسه • بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده المديون
لأنه من كسبهم بمنزلة الأجنبي وهم أحق بالكسب منه • وهذا بخلاف الوكيل
بالبيع فإنه لا يبيع من هؤلاء لأنه في البيع متهم وفي حق الرهن لا يكون متهما لأن
حكم الرهن واحد وهو أنه مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند
هؤلاء أو عند أجنبي فلانتفاء التهمة نفذ تصرفه معهم • وإن استدان لليتيم
في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لأنه له أن يقضي هذا الدين من مال
اليتيم فإنه استدان لحاجته فله أن يرهن له أيضا • وكذا لو اتجر لليتيم فرهن
أو ارتهن لأن الرهن وثيقة للاستيفاء فيملكه من يملك حقيقة الإيفاء والاستيفاء
والأولى له التجارة تنمية لمال اليتيم فيحتاج إلى الرهن والارتهان • وإذا رهن الأب
متاع ابنه الصغير عند رجل فأدرك الولد ومات الأب لم يكن للولد أن يسترد الرهن
حتى يقضي الدين لأنه تصرف لزم من الأب في حال قيام ولايته وهو في ذلك قائم مقام
الحالة الولد إن كان الولد بالغا • فإن كان الأب رهنه لنفسه فقضاه الابن
يرجع به في مال الأب لأنه لا يتوصل إلى عين ماله إلا بقضاء الدين فكان مضطرا
كمعير الرهن إذا قضى الدين • وكذا إذا هلك الرهن قبل أن يفتكه لأن الأب
صار قاضيا دينه عند الهلاك بماله • وللابن أن يرجع عليه • ولو رهن الأب متاع
ولده الصغير بمال أخذه لنفسه وللصغير جاز • لأنه متى ملك أن يرهن بدين كل
واحد منهما على الانفراد فكذا بدينهما • فإن هلك الرهن ضمن الأب حصته من ذلك
للولد لأنه بهلاك الرهن صار قاضيا دينه ودين الصغير بمال الصغير فيضمن للصغير
حصته من ذلك • والوصي في ذلك كالأب بعد موته • وكذا الجد أب الأب
إذا لم يكن الأب أو وصي الأب لقيامه مقام الأب في التصرف بحكم الولاية • ولو رهن
الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي من
المرتهن لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فقد خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم •

لان الوصي فيما يتصرف لليتيم قائم مقامه ان لو كان بالغا • ولو كان بالغا
فرهنه متاعه لنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين •
لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا • ولا يمكن ان يجعل رب
الدين مستوفيا دينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه رجع
المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصي على
الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة لانه استعاره لحاجة اليتيم وله هذه
الولاية • ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد لانه ليس له ولاية
الاستعمال في حاجة نفسه • ولو رهن الوصي مال اليتيم ثم غصبه فاستعمله
لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه بالغصب صار جانيا
في حق المرتهن مفوتا ليده المستحقة • وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه
فيقضى منه الدين اذا حل والفضل لليتيم ان كانت القيمة اكثر من الدين وان
كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال
اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة فقط • وان كانت قيمته مثل الدين
ادى الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم عليه بمثل ما وجب له على اليتيم فوقع التقصان
فان لم يحل الدين فالقيمة رهن لقيامها مقام الرهن فاذا حل الاجل كان الجواب
على التفصيل الذي مر • فلو غصبه واستعمله لحاجة الصبي حتى هلك في يده يضمنه
لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصبي • لان استعماله لحاجة اليتيم ليس بتعد
وكذا الاخذ اذ له ولاية اخذ مال اليتيم حتى لو اقر الاب او الوصي بغصب
مال الصغير لم يلزمه شيء • اذ لا يتصور غصبه اذ له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده
يضمنه للمرتهن باخذه بدينه ان حل ويرجع الوصي على الصغير لانه غير متعد
لكونه عاملا له وان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن فاذا حل الدين اخذ دينه منه
ويرجع الوصي على اليتيم بذلك لما مر • ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لانها محل الاستيفاء فكانت محلا للرهن • فلو رهنت بجنسها فهلكت
هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة والرداءة لا عبرة للجودة في الاموال
الربوية عند المقابلة بجنسها • وهذا عند ابي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا
لحقه باعتبار الوزن دون الجودة • وعندهما يضمن القيمة خلاف جنسه ويكون
رهنا مكانه لانه لو صار مستوفيا يتضرر المرتهن فالاصل عنده ان حالة الهلاك حالة
الاستيفاء لا محالة والاستيفاء انما يكون بالوزن • وعندهما حالة الهلاك حالة الاستيفاء
اذا لم يفض الى الضرر • بيانه اذا رهن قلب فضة وزنه عشرة بعشرة وهلك فان
كانت قيمته مثل وزنه عشرة سقط الدين بالاتفاق • لان بالوزن والقيمة وفاء
بالدين فلا ربا فيه بوجه ولا ضرر فصار كثوب قيمته عشرة • وكذا ان كانت

الرهن

قيمته اكثر من عشرة سقط الدين بالاتفاق • اما عنده فلانه يعتبر الوزن وهو
مثل الدين • واما عندهما فلان بالوزن والقيمة وفاء بالدين وعندهما يضمن المرتهن
قيمته من خلاف جنسه • لانه لو صار مستوفيا كل الدين اعتبارا للوزن وبالوزن
وفاء بالدين • وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لانه لو صار مستوفيا
كل الدين باعتبار الوزن يبطل حق المرتهن في الجودة فيتضرر به • ولو صار مستوفيا
من دينه ثمانية اعتبارا للقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون
ربوا • فلهذه الضرورة عدلنا الى التضمين بخلاف الجنس والقول بنقض الاستيفاء ولكن
بان يضمن ويجعل مكانه لم يهلك • وله ان ضمان الرهن ضمان استيفاء والاستيفاء
يكون بالوزن وفي الوزن وفاء بالدين فيجعل مستوفيا كما لحقه • وهذا لان
استيفاء الجيد بالردي صحيح كما لو تجوز به • وقد وقع الاستيفاء بالاجماع •
لانه من جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج الى نقضه ونقضه
بالضمان غير ممكن لان الضمان لا بد له من مطالب ومطالب ولا يمكن تحقيقه
في الشخص الواحد • ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فمتى تعذر التضمين عليه تعذر
النقض ولانه انما ينقض استيفاؤه اذا لم يرض به وقد رضي به • لانه متى قبض الرهن
مع علمه بانه يصير مستوفيا بالهلاك فقد رضي بوقوعه استيفاء بدون صفة الجودة
فصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجياد وهو عالم به • وقيل هذه المسئلة فرع
على ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة
فانه يسقط دينه ولا شيء عليه في قول ابي حنيفة رحمه الله • وقال ابو يوسف
رحمه الله يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه • وقول محمد رحمه الله في الاصل كقول
ابي حنيفة وآخرا كقول ابي يوسف كذا ذكر عيسى بن ابان • والاصح ان هذه
مسئلة مبتدأة لان محمدا مع ابي حنيفة رحمهما الله في تلك المسئلة في المشهور • ومع
ابي يوسف رحمه الله في هذه المسئلة • والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ثم استوفى
حقه من عينها والزيافة لا تمنع صحة الاستيفاء فتم الاستيفاء ولزم بالهلاك في باب
الرهن ما اخذه ليستوفي عينه بالدين بل ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد
امكن نقضه باداء الضمان عنده • وان انكسر وقيمته مثل وزنه عشرة فعند
ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله الراهن بالخيار ان شاء افتكه ناقصا بكل
الدين وان شاء ضمن المرتهن قيمته من جنسه او من خلاف جنسه لانه لا يتمكن فيه
الربى ويكون الضمان رهنا عند المرتهن قائما مقام الاول ويصير المضمون اي الرهن
ملكا للمرتهن بالضمان ولا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان ذهب شيء من الدين بذهاب
الجودة يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد والجودة لا قيمة لها عند الانفراد •
ولو الزمناه الفكاك بجميع دينه من غير ان يذهب شيء من الدين مع النقصان حقيقة

من وزنه

فيه

يتضرر الراهن لفوات حقه في الجودة فجبرناه على الوجه الذي بيّنا. وعند محمد
رحمه الله إن شاء افتكه ناقصا بكل الدين وإن شاء جعله بالدين فيصير ملكا
للمرتهن بدينه. وليس للراهن أن يضمنه قيمته. له أنه مضمون بالدين بالإجماع
لو هلك فكذا إذا انكسر اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك. وهذا لأنه
لما تعذر الفكاك مجانا لما بيناه صار في معنى الهلاك فيعتبر بالهالك الحقيقي. ولأنه
بنفس القبض صار مضمونا بالدين بالإجماع على وجه يتقرر الضمان بالهلاك فلا
يجوز أن يكون مضمونا بالقيمة. لأن العين الواحدة لا يجوز أن تكون مضمونة
بضمانين مختلفين. قلنا طريق صيرورته مضمونا بالدين أن يجعل مضمونا
بالقيمة بقدر الدين لأنه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار
أن يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم تقع المقاصة بين ما له وبين ما عليه فكذا
في الاستيفاء الحكمي. وجعله مضمونا بالدين في حال قيامه يؤدي إلى غلاق الرهن
وأنه حكم جاهلي مردود في الشرع فصرنا إلى التضمين بالقيمة لأنه لا يؤدي إلى الإغلاق
لانتقال حكم الرهن إلى مثله. وإن كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية ضمن قيمته جيدا
من خلاف جنسه تحرزا عن الربا أو رديئا من جنسه ويكون رهنا عنده وهذا
بالاتفاق. أما عندهما فلأن حالة الانكسار بحالة التضمين بالقيمة بكل حال. وأما
عند محمد رحمه الله فلأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك. وعنده بعض الوجوه
لو هلك يضمن المرتهن قيمته ولا يصير مستوفيا لمكان الربا والضرر فكذا إذا انكسر.
وإن كانت قيمته أكثر من وزنه اثنا عشر فعند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء افتكه
بكل الدين وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه بالغة ما بلغت ويكون رهنا لأن
الواجب عنده في حالة الانكسار ضمان القيمة والعبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة
في هذا الباب. فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا كان كله مضمونا. وإن كان
بعضه فبعضه وجميع الوزن مضمون فتتبعه الجودة لأنها تابعة للذات ومتى
صارت الذات مضمونا استحال أن يكون الوصف أمانة. لأن التبع لا يخالف الأصل
وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس
المكسور له بالضمان وسدس المكسور يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا لأن الشيوع
الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما مر. وعن أبي يوسف رحمه الله
أن الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج إلى التمييز ويكون مع قيمة خمسة أسداس
المكسور رهنا عنده بالدين. لأن من أصل أبي يوسف رحمه الله أنه يقسم الضمان
والأمانة في الوزن والجودة ويجعل القيمة زيادة كزيادة الوزن اثنا عشر. لأن الجودة
متقومة في ذاتها ولهذا اعتبرناها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض حتى
لو باع إبريق فضة وزنه مائة وقيمته مائتان بمائة يعتبر من الثلث كما لو تبرع

بالعين

بالعين وتصرف في الأب والوصي والغصب. وإنما لم يعتبرها عند المقابلة بجنسها لأن
الشرع جعل المساواة في الذات شرطا لجواز العقد شرعا لأن الجودة هدر. وعند
محمد رحمه الله إن انتقص بالانكسار من قيمته درهم أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك
بقضاء جميع الدين. وإن انتقص أكثر من ذلك يخير الراهن وإن شاء جعله للمرتهن
بدينه وإن شاء افتكه ناقصا بجميع الدين. لأن من أصله أن الضمان في الوزن والأمانة
في الجودة والصنعة. لأن الجودة والصنعة تابعة للوزن والحكم في الرهن على الأصالة
هو المضمونية لأنه عقد ضمان واستيفاء وصفة الأمانة في المرهون تابعة فيجعل الأصل بمقابلة
الأصل والتبع بمقابلة التبع. إلا أن يفضل شيء من الضمان فحينئذ يصرف إلى الجودة ضرورة.
ولو كان وزنه ثمانية وهلك سقط من دينه ثمانية قلت قيمته أو كثرت أو ساوت
عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن العبرة للوزن عنده وكذا عندهما إن كانت قيمته
مثل وزنه وإن انتقصت أو زادت فكانت سبعة أو تسعة أو عشرة ضمن
قيمته من خلافه. فإن كانت اثنا عشر ضمن قيمة خمسة أسداسه وإن انكسر
إن كانت قيمته ثمانية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله افتكه بكل الدين
أو ضمنه قيمته من جنسه على ما مر. وعند محمد رحمه الله إن شاء افتكه بجميع الدين
وإن شاء تركه على المرتهن بثمانية من الدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك.
وإن كانت قيمته أقل من وزنه سبعة أو أكثر تسعة أو عشرة إن شاء الراهن افتكه
بكل الدين وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه بالاتفاق. وكذا إن كانت
اثنا عشر عنده وعند أبي يوسف رحمهما الله يضمن قيمة خمسة أسداسه أو افتكه
بكل الدين وكذا عند محمد رحمه الله إن انتقص أكثر من ثلثي درهمين
وإلا يجبر الراهن على الفكاك بكل الدين. وإن كان وزنه أكثر من دينه خمسة عشر عشر
وهلك استوفى دينه بثلثيه والثلث أمانة قلت قيمته أو كثرت وكذا عندهما
إن كانت مثل وزنه أو أكثر. وإن كانت أقل من الدين أو مثله عشرة ضمن قيمته
من خلافه. وإن كانت أكثر اثنا عشر ضمن قيمة خمسة أسداسه كما مر. وإن
انكسر إن شاء افتكه بكل الدين وإن شاء ضمنه قيمة ثلثيه قلت أو كثرت عنده
وكذا عند أبي يوسف رحمه الله إن شاء افتكه بكل الدين وإن شاء ترك ثلثيه
بدينه وأخذ ثلثه. وإن كانت أكثر عشرين فعند أبي يوسف رحمه الله إن شاء
افتكه بكل الدين وإن شاء ضمنه قيمة نصف الرهن لأن قيمة نصفه يبلغ قدر الدين
وعند محمد إن انتقص قدر خمسة دراهم بالانكسار يجبر على الفكاك بكل الدين وإن
انتقص أكثر من ذلك يخير إن شاء افتكه بكل الدين وإن شاء ترك ثلثي الرهن
بدينه وأخذ الثلث. وإن كانت قيمته اثنا عشر إن شاء افتكه بكل الدين وإن شاء
ضمنه قيمة جميعه من خلاف جنسه عندهما فصارت الأقسام ستة وعشرين فصلا.

إن كانت قيمته ثلث وزنه
وعند محمد رحمه الله

لأن القسم الأول وهو أن يكون وزنه مثل الدين ستة فصول لأنه إما إن كانت
قيمته مثل وزنه أو أقل أو أكثر فثلاثة بتقدير الهلاك وثلاثة بتقدير الانكسار
والقسم الثاني وهو أن يكون وزنه ثمانية عشر فصولا لأنه إما إن كانت قيمته أقل
من وزنه أو مثل وزنه أو أكثر من وزنه بتسعة أو عشرة أو اثنا عشر والقسم
الثالث وهو أن يكون وزنه خمسة عشر أيضا لأنه إن كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر
من وزنه أو أقل من وزنه وأقل من الدين فخمسة بتقدير الهلاك وخمسة بتقدير
الانكسار والقسم الأول بفصوله مذكورة في الهداية فقط ورهن كرا جيدا
يساوي مائتي درهم بمائة وهلك يسقط دينه بنصف الكر بالاتفاق لأنه به
وفاء بالدين وإن فسد بأن أصابه ماء فابتل يضمن المرتهن مثل نصف المقبوض بعفو جيد
أما عند أبي يوسف رحمه الله فظاهر وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لاعتبار الجودة
هنا لأنها قوبلت بخلاف الجنس وهو الدراهم بخلاف ما مر وعند محمد رحمه الله إن
شاء الراهن افتكه بكل الدين وإن شاء ترك نصفه بدينه وأخذ النصف اعتبارا لحالة
الفساد بحالة الهلاك وإن رهن بنصف كر جيد قيمته مائة بكر ردي قيمته مائة
وهلك سقط نصف الدين عند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء الراهن افتكه بكل الدين
وإن شاء ترك نصفه بدينه وأخذ النصف اعتبارا لحالة الفساد بحالة الهلاك وإن رهن
نصف كر جيد قيمته مائة بكر ردي سقط نصف الدين عند أبي حنيفة رحمه الله
لأنه يعتبر الكيل وبالرهن وفاء بنصف الدين كيلا وعندهما يضمن المرتهن مثل
المقبوض لأن في جعله مستوفيا بقدره الكيل ضررا بالراهن بإبطال حقه في الجودة
وفي جعله مستوفيا بقدر قيمته ضررا بالمرتهن فصرنا إلى التضمين بالمثل ويكون رهنا قائما
مقام الأول وإن فسد فإما افتكه بكل الدين أو ضمنه مثل المقبوض أما عند محمد
رحمه الله فلاعتبار حالة الفساد بحالة الهلاك وأما عندهما فلأن حالة الفساد حالة التضمين
ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري بالثمن شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس أن لا
يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا
في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صفقة وقد نهى النبي عليه السلام عنه ولأنه
شرط لا يقتضيه العقد لأن ما يقتضيه العقد يجب بالعقد بدون الشرط
كتسليم المبيع على البائع أو تسليم الثمن على المشتري وفيه منفعة لأحد العاقدين وقد
مر أن مثله يفسد العقد وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للبيع لأن المقصود
بالكفالة والرهن التوثق بالثمن فاشتراطهما في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة
في الثمن فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا المعنى وهو الملائمة
فصححنا العقد وإن لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا
اعتبرنا عين الشرط فيفسد لأنه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة ولو كان غائبا

فحضر

فحضر في المجلس وقبل صح فإن أبى المشتري أن يرهنه ما سمى لم يجبر عليه وقال زفر
رحمه الله يجبر لأنه ثبت في ضمن عقد لازم فيصير الوفاء به مستحقا كالعدل في الرهن
إذا سلط على البيع كان مجبرا عليه ولا يملك الراهن عزله عنه ولنا أن عقد الرهن
تبرع من جانب الراهن كما مر ولا جبر على التبرع وإنما صار حقا من حقوقه إذا وجد
ولم يوجد بعد والوعد بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزمه ما لم يسلمه
فلأن لا يصير لازما بالوعد أولى ولكن إن أبى المشتري أن يرهنه فللبائع أن يفسخ
العقد لأن رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون راضيا وإذا لم
يتم رضاه كان له أن يفسخ أو يرضى بترك الرهن إلا أن يدفع المشتري الثمن حالا
أو يدفع قيمة الرهن رهنا لحصول المقصود إذ يد الاستيفاء إنما تثبت على المعنى
وهو القيمة لأن الصورة أمانة ومن اشترى شيئا بدراهم فقال المشتري للبائع
أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأن هذا الكلام يؤدي
معنى الرهن وهو الحبس الدائم إلى وقت الفكاك والعبرة في العقود للمعاني فإن
من قال لرجل ملكتك عبدي هذا بألف درهم يكون بيعا والكفالة بشرط
براءة الأصيل كفالة وعند أبي يوسف وزفر لا يكون رهنا بل يكون وديعة
لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع والإيداع أقل الأمرين فيثبت بخلاف ف
ما لو قال أمسكه بمالك أو أمسكه بدينك حيث يكون رهنا بالإجماع لتعين
الرهن حيث قابله بالدين قلنا لما مده إلى الغاية الإعطاء فقد تعين جهة الرهن
أيضا حيث أتى بحكم الرهن **فصل** ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة
أحدهما لم يكن له أن يأخذه حتى يؤدي باقي الدين كالمبيع وحصة كل واحد ما
يخصه إذا اقسم الدين على قيمتهما بيانه إذا رهن عبدين قيمة كل واحد منهما
ألف بألف ثم أدى خمسمائة عن أحدهما فليس له قبضه لأن الصفقة متحدة وقصد
المرتهن إضجار الراهن ليتسارع إلى قضاء الدين فلو تفرد الراهن بالتفريق يأخذ
ما يحتاج إليه ويتكاسل في قضاء الباقي فلا يحصل المقصود ولهذا إذا نقد المشتري
بعض الثمن فأراد أن يأخذ بعض المبيع لا يملك ذلك فكذا هنا والجامع أن كل
واحد من المبيع والمرهون محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء من
أجزائهما ليكون حاملا له على قضائهما فإن سمى لكل واحد منهما شيئا من المال الذي
رهنه به بأن قال رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة وسلمهما إليه
ثم نقد خمسمائة وقال أديت عن هذا العبد وأراد أن يأخذ ذلك العبد له أن يقبضه
في رواية الزيادات وفي رواية الأصل لم يكن له ذلك لأن الصفقة متحدة لاتحاد
الموجب والقابل وعند اتحادهما لا تتفرق الصفقة بتفريق الصفقة كما في البيع
وجه رواية الزيادات وهو الأصح أن البيع لا يتفرق بتفريق التسمية عند اتحاد

العاقدين فالرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشتري البيع في احدهما دون الاخر لا يصح ولو
قبل المرتهن العقد في احدهما عند تفريق التسمية صح وانما افترقا لان ضم الردي الى الجيد
متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق الرهن البيع بتفريق التسمية كان
للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البايع ولو تفرق الرهن بتفرق
التسمية لا يتضرر به الراهن ولا في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير
الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به اما الرهن فلا يفسد
بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل
واحد منهما عليه وسواء كانا شريكين فيه او لا وجميعها رهن عند كل واحد منهما
لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار تعدد
المستحق وموجبه صيرورته محبوسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا بدين كل واحد منهما فكان استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا
من غير انقسام بينهما بخلاف الهبة من اثنين عند ابي حنيفة رحمه الله فان هناك لا بد
من انقسام الحكم وهو الملك بينهما اذ يستحيل اثباته لكل واحد منهما على الكمال
في محل واحد فقد دخل فيه الشيوع ضرورة وفيما نحن فيه لا حاجة الى هذا لان العين
الواحدة يجوز ان تكون محبوسا بحق كل واحد منهما على الكمال اذ لا تضايق في استحقاق
الحبس الا ترى ان الرهن الواحد لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون محبوسا كله
بكله وبكل جزء منه فكذا هنا يكون العين محبوسا بحقهما وبحق كل واحد منهما
فلا يدخل فيه الشيوع فان تهايئا صار كل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر
والمضمون على كل واحد حصته لانه اذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حقه
لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزي فان قضى الراهن دين احدهما فالكل
رهن عند الاخر لما مر ان جميع العين رهن عند كل واحد منهما من غير تفرق وعلى
هذا حبس المبيع اذا اشترى رجلان من رجل فادى احدهما حصته لم يكن له ان يقبض
شيا وكان للبايع ان يحبس الجميع حتى يستوفي ما على الاخر وان رهن رجلان
بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جايز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه
حتى يستوفي جميع الدين لان قبض المرتهن حصل في الكل من غير شيوع وتفرق
املاكهما لا يوجب شيوعا في الرهن فانه يجوز ان يكون ملك الغير مرهونا بدين
الغير كما لو استعار فرهن وان رهن ثلثة عبدا عند رجل بدين له على كل واحد
منهم صح فان مات ذهب من دين كل واحد منهم بالحصة من العبد وتراجعوا فيما بينهم
حتى لو كان له على رجل الف وخمسمائة وعلى اخر الف وعلى اخر خمسمائة فرهنوه عبدا
بينهم اثلاثا قيمته الفان فهلك صار مستوفيا من كل واحد ثلثي ما عليه لان المرهون
مضمون باقل من قيمته ومن الدين والرهن هنا اقل لان الدين ثلاثة الاف وقيمة العبد

الفان فيصير مستوفيا من الدين بقدر قيمة العبد وهي الفان والفان من ثلثة الاف
قدر ثلثيها فيصير مستوفيا من صاحب الالف وخمسمائة الف ومن صاحب
الالف ستمائة وستة وستين وثلثين ومن صاحب الخمسمائة ثلثمائة وثلثة وثلاثين
ويبقى على كل واحد ثلث دينه ثم الذي عليه الف وخمسمائة يضمن لكل واحد
من صاحبيه ثلثمائة وثلثة وثلاثين وثلثا لانه صار قاضيا من دينه الفا ثلثه من نصيبه
وذلك ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وثلثه من نصيب من عليه الف وثلثه من نصيب
من عليه خمسمائة فيضمن لهما مقدار ما قضى من دينه من نصيبهما والذي عليه الف
يضمن لكل واحد من صاحبيه مائتين واثنين وعشرين درهما وتسع درهم لانه
صار قاضيا من دينه ستمائة وستة وستين وثلثين ثلثها من نصيبه وذلك مايتان
واثنان وعشرون وتسعان وثلثها من نصيب من عليه الف وخمسمائة وثلثها
من نصيب من عليه خمسمائة فيضمن لصاحبيه مقدار ما قضى دينه من نصيبهما والذي
عليه خمسمائة صار قاضيا من دينه ثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا ثلثه من نصيبه وذلك
مائة واحد عشر وتسع وثلثه من نصيب من عليه الف وثلاثة من نصيب من عليه
الف وخمسمائة فيضمن لصاحبيه مقدار ما قضى من نصيبهما ثم تقع المقاصة بينهم تقاصوا
او لم يتقاصوا لاتحاد الجنس فمن عليه خمسمائة استوجب على من عليه الف وخمسمائة ثلثمائة
وثلاثة وثلاثين وثلثا وهو قد استوجب عليه مائة واحد عشر وتسعا فتقع المقاصة بهذا
القدر ويرجع من عليه خمسمائة عليه بما بقي وهو مايتان واثنان وعشرون وتسعان
وكذا من عليه خمسمائة استوجب عليه من عليه الف مايتين واثنين وعشرين
وتسعين وهو قد استوجب الرجوع عليه بمائة واحد عشر وتسع فتقع المقاصة بهذا
القدر فيرجع عليه بما بقي وهو مائة واحد عشر وتسع فتقع المقاصة وكذا من عليه الف
استوجب الرجوع على من عليه الف وخمسمائة بثلثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وهو استوجب
الرجوع عليه بمائتين واثنين وعشرين وتسعين فتقع المقاصة بهذا القدر ويرجع عليه
بالفضل وهو مائة واحد عشر وتسع رجل في يده عبد ادعاه رجلان كل واحد منهما
يقول للذي اليد قد رهنتني بالف درهم وقبضته منك واقاما البينة على ما ادعيا ففي
القياس لا يقضى لواحد منهما بشيء لانه لا يخلو اما ان يقضى برهن واحد منهما جميعا او يقضى
لكل واحد برهن على حدة او يقضى لاحدهما بعينه لا وجه الى الاول لانهما لم يدعيا
هكذا اذ كل واحد منهما يدعي رهنا على الانفراد ولا وجه الى الثاني لانه لا يخلو اما
ان يقضى لكل واحد منهما بكله او لكل واحد منهما بنصفه لا يجوز الاول لاستحالة ان يكون
العبد الواحد كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الثاني لانه يؤدي
الى الشيوع ولا وجه الى الثالث لعدم الاولوية فتعين التهاتر ولئن رهن هذا كالرهن
من رجلين لان هناك العقد من جانب الراهن واحد وهنا كل واحد يثبت

ببينته عند الآخر. والرهن من رجلين بعقدين مختلفين أو بتسميتين متفرقتين
لا يجوز. وفي الاستحسان يقضى بينهما هنا واحدا كأنهما ارتهناه معا. لأنه متى
جهل التاريخ صار كأنهما وقعا في حالة واحدة فصار كأنه رهنه منهما كما لو ادعيا
تلقي الملك شراء من رجل واما البينة فإنه يحمل في الحكم كأنه باع منهما جملة حتى
يقضى بينهما نصفين والمأخوذ هو القياس لقوته كما بينا. وضعف وجه الاستحسان
لأن ذلك عمل على خلاف ما قامت عليه البينة. لأن كل واحد منهما أثبت لنفسه حبسا هو
طريق إلى مثله في الاستيفاء. ولو جعلناه كأنه رهن من رجلين لقضينا لكل واحد
منهما بحبس هو طريق إلى شطره من الاستيفاء والحكم بخلاف الحجة باطل فإذا وقع باطلا
يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له. ولو مات الراهن والعبد في أيديهما وأقام كل واحد
منهما البينة على ما وصفنا فهو باطل في القياس وهو قول أبي يوسف رحمه الله وفي الاستحسان
يقضى لكل واحد منهما بنصفه رهنا يبيعه بحقه. وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وجه القياس أن الحبس للاستيفاء حكم مقصود بعقد الرهن فيكون القضاء به
قضاء بعقد الرهن لا محالة والقضاء بعقد الرهن على سبيل الشيوع باطل وكذا القضاء
بحكمه. ووجه الاستحسان أن المقصود بعد موت الراهن إثبات الاختصاص وهو كونه
أحق به من سائر الغرماء دون الحبس وكل واحد منهما يثبت لنفسه الاختصاص
بالعين حتى يباع له في دينه وهذا مما يحتمل الشركة فيقضى لكل واحد منهما بالنصف
فأما في حال الحيوة فالمقصود هو الحبس وذا مما لا يحتمل الشركة في العين إذ الشائع
لا يتصور حبسه. وهو نظير ما لو ادعى رجلان نكاح امرأة بعد موتها وأقام كل واحد
منهما البينة يقضى لكل واحد منهما بنصف ميراث الزوج. بخلاف حالة الحيوة.
وكذا لو ادعت أختان نكاح رجل بعد موته وأقامتا البينة يقضى لكل واحدة منهما
بالمهر وبنصف ميراث النساء بخلاف حال الحيوة. لأن الميراث هو المقصود بعد الموت
وهو مما يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحيوة. لأن المقصود ثم الحل وهو لا يقبل
الاشتراك والله أعلم.

باب الرهن يوضع على يد عدل

ولو اتفقا على وضع الرهن على يد عدل صح. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يصح لأن العدل
نائب عن الراهن لا عن المرتهن ولهذا لو لحقه ضمان بأن هلك في يده ثم استحقه رجل
يرجع به على الراهن دون المرتهن والرهن لا يتم بقبض الراهن وإن اتفقا عليه فكذا بقبض
العدل. وقول صاحب الهداية وقال مالك رحمه الله لا يجوز لأن يد العدل يد المالك
ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق. فانعدم القبض عند مالك رحمه الله. وقد
ذكر في أول كتاب الرهن وقال مالك يلزم بنفس العقد فهو نص على عدم اشتراطه
فكان له قولين في اشتراطه. ولنا أن قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن وهذا
لأن اليد في باب الرهن على الصورة يد أمانة وعلى المعنى مضمون فكانت يده على الصورة

يد الملك

يد المالك في الحفظ. وعلى المعنى وهي المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية
فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما. وإنما لا يرجع بالضمان على المرتهن عند الاستحقاق
لأن الضمان لحقه بسبب العين وهو في حق العين نائب عن الراهن كالمودع. وليس
للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه لتعلق حقهما جميعا به. أما الراهن فلصيرورة ماله محفوظا
بيده. وأما المرتهن فلتعلق الاستيفاء به فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر. فلو هلك
في يده هلك في ضمان المرتهن لأن يده في حق المالية يد المرتهن والمضمون هو المالية. ولو
دفع العدل إلى الراهن أو إلى المرتهن ضمن. لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن
في حق المالية وكل واحد منهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي. وإذا
ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع إلى أحدهما وقد أتلفه المدفوع إليه أو تلف في يده
لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا في يده. لأن القيمة واجبة عليه. فلو جعلها رهنا
يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تضاد. ولكن يتفقان أن يأخذاها منه ويجعلاها رهنا
عنده أو عند عدل آخر. وإن تعذر اجتماعهما رفع أحدهما الأمر إلى القاضي ليفعل
القاضي ذلك. فإذا فعل القاضي ذلك ثم قضى الراهن دين المرتهن وقد ضمن العدل
القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة للعدل لأنه وصل الرهن إلى الراهن والدين
إلى المرتهن فلو أخذ القيمة يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملكه. وإن كان العدل
ضمن القيمة بالدفع إلى المرتهن أخذ الراهن القيمة منه. لأن الرهن لو كان قائما في يده
يأخذه منه إذا أدى الدين فكذا يأخذ القيمة التي بدله وليس فيه جمع بين البدل
والمبدل. وإذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن إن حل دينه صح
لأنه وكله ببيع ماله فيصح. وهذا لأن الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء والتوكيل
يصير جانب الاستيفاء أوثق فكان بالجواز أحق. نعتبر فيه تعليق الوكالة بالشرط
والإسقاطات تقبل التعليق. وهذا لأنه كان ممنوعا عن التصرف في هذا
العين لحق المالك فإذا وكله فقد أسقط حقه. ولو وكل ببيعه صغيرا لا يعقل
فباعه بعد بلوغه لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا يصح لأنه قدر عليه وقت
الامتثال. له أن أمره وقع لغوا لعدم أهلية المأمور. فإن شرطت الوكالة
في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وإن عزله لم ينعزل. لأنها لما شرطت
في عقد الرهن صارت من أوصاف الرهن وحقوقه فتلزم كأصله لأن حكم التبع
لا يفارق حكم الأصل. والرهن لازم فكذا ما هو تبع له. ولأنه تعلق به حق المرتهن
وفي العزل إبطال حقه فيكون إضرارا به فلا يجوز كالوكيل بالخصومة من المدعى عليه
بالتماس المدعي. فإنه إذا أراد الموكل عزله بغير محضر من الخصم لم يصح ذلك دفعا
للضرر عنه لأنه تعلق به حق المدعي. ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد
والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لا يعمل نهيه لأن التقييد إبطال من وجه. ولو أراد إبطال

الوكالة بالعزل لم يملك فكذا لا يملك التفريد . وكذا إذا عزله المرتهن لا ينعزل لأنه لم يوكله وإنما وكله غيره . وإن مات الراهن لم ينعزل . لأن المرتهن أحق بالرهن بعد موت الراهن كما كان في حياته فكان للعدل أن يبيعه بحق المرتهن وللوكيل أن يبيعه بعد موت الراهن بغير محضر من ورثة الراهن كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه . لأنه لما ثبتت وكالته بعد موته لم يشترط حضرة ورثته ورضاهم وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته . لأن التوكيل حين صار لازمًا تبعًا للرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما . كما لا يبطل الرهن بموت أحدهما ولا بموتهما . فإن مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه . لأن الموكل لم يرض برأي غيره فلم يقم غيره مقامه فلا بد من بطلانهما . وعن أبي يوسف رحمه الله أن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة فلا تبطل بموته وإذا لم تبطل يقوم وصيه مقامه كالمضارب إذا مات بعد ما صار رأس المال عروضًا فإنه يقوم وصيه مقامه في بيع العروض لأنها تصير لازمة بعد ما صار رأس المال أعيانًا . قلنا المضارب له ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه مقامه بعد موته كالأب في مال الصغير . والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد مماته والوكالة حق على الوكيل فلا تورث عنه . لأن الوراثة إنما تجري فيما له لا فيما عليه فوجب القول ببطلانها . بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب . وليس للمرتهن أن يبيعه إلا برضا الراهن وليس للراهن أن يبيعه إلا برضا المرتهن . لأن كل واحد منهما ذو حق لما مر فلا يملك الآخر إبطاله بدون رضاه . فإن حل الأجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر الوكيل على بيعه لما مر من الوجهين في لزومه . وكيفية الإجبار أن يحبسه القاضي أيامًا ليبيع فإن لج بعد الحبس أيامًا فالقاضي يبيع عليه وهذا على أصلهما ظاهر . وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فكذلك عند البعض لأنه تعين جهة البيع لقضاء دين هنا . وقيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ولا يفسد البيع بعد الإجبار لأنه إجبار بحق فصار كلا إجبار . وكذلك رجلان بينهما خصومة فوكل المدعى عليه رجلًا بخصومته بطلب المدعي فغاب الموكل وأبى الوكيل أن يخاصمه فإنه يجبر على الخصومة . لأن المدعي إنما خلى سبيل الخصم اعتمادًا على أن وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل أن يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعي لأن فيه إبطال حقه . بخلاف الوكيل بالبيع فإنه لا يجبر لو امتنع عن البيع . لأن الوكيل بالبيع إذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل لأنه يتمكن من البيع بنفسه . وأما العدل إذا امتنع عن البيع فيتضرر به المرتهن لأنه لا يتمكن من البيع بنفسه . هذا إذا كان التسليط على البيع مشروطًا في عقد الرهن . فإن كان بعد تمام العقد ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن في ظاهر

الرواية أنه لا يجبر العدل على البيع . لأن رضى المرتهن بالرهن قد تم بدونه فهو توكيل مستأنف ليس في ضمن عقد لازم . وعن أبي يوسف رحمه الله أن التوكيل على البيع بعد الرهن يلتحق بأصل العقد ويصير كالمشروط فيه . قال شيخ الإسلام جواهر زاده وفخر الإسلام البزدوي رحمهما الله هذه الرواية أصح . لأن محمدًا رحمه الله أطلق الجواب في الجامع الصغير والأصل . ولم يفصل بين أن يكون البيع مشروطًا في عقد الرهن أو غير مشروط . فظاهر ما أطلق يدل على أنه يجبر على بيعه لأن العلة الأولى إن لم توجد فالثانية قد وجدت . فجاز أن يكون معلولًا بكل واحد من العلتين . وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن لأنه صار ملكًا للمشتري وصار الثمن هو الرهن وإن كان غير مقبوض لقيامه مقام ما كان مقبوضًا وإذا توى كان من مال المرتهن لأن بقاء عقد الرهن في الدين لكونه قائمًا مقام المبيع . ثم المرهون لو هلك يسقط الدين كذا هنا . وكذا إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته . لأن الواجب في نفسه وإن كان بدلًا عن الدم حتى لا يزاد على دية الحر . ولكن المالك إنما يستحقه بسبب المالية فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فيبقى عقد الرهن . وكذا لو قتله عبد فدفع به . لأنه قام مقام الأول لحمًا ودمًا . وإن باع العدل الرهن وأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمن العدل قيمة الرهن فهو بالخيار . إن شاء ضمن الراهن قيمته وإن شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره وحاصله أن المرهون المبيع إذا استحق . فإن كان هالكًا فالمستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن قيمته لأنه غاصب في حقه بالأخذ وإن شاء ضمن العدل . لأنه بالبيع والتسليم والأخذ صار غاصبًا فيضمن قيمته إذا عجز عن تسليم عينه . فإن ضمن الراهن نفذ البيع والرهن والقضا لأنه ملكه بأداء الضمان فظهر أنه أمر ببيع ملك نفسه . وإن ضمن العدل فالعدل بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيله فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء أي استيفاء المرتهن الثمن بدينه فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن . لأنه لما استحق ظهر أن المرتهن أخذ الثمن بغير حق وقد ملك العدل العبد حين ضمن قيمته ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له . وإنما دفعه إليه على أنه ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيًا به فله أن يرجع به عليه وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه . وهذا إذا كان هالكًا . فإن كان قائمًا في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه منه لأنه وجد عين ماله ومن وجد عين ماله فهو أحق به . ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن . لأنه العاقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد وهذا من حقوق البيع لأنه وجب به . وإنما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم . ثم العدل إن شاء رجع على الراهن بالثمن . لأن هذه عهدة لحقه في عقد باشره بوكالته فيجب عليه تخليصه . وإذا رجع عليه

نقد قبض المرتهن وسلم المقبوض له. وإن شاء رجع على المرتهن لأنه لما انتقض العقد بطل الثمن وإنما أداه إليه على ظن أنه ثمن مملوك للراهن. وإذا لم يبق ثمنا يجب نقض قبض المرتهن ضرورة. وإذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به على الراهن. ولو لم يسلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع عليه لأنه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض وإذا لم يقبض بقي الثمن كالضمان على الموكل. وذكر في الهداية ولو أن المشتري سلم الثمن إلى المرتهن لم يرجع على العدل لأنه في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل والمراد بالموكل المرتهن وسماه موكلا لأن البيع وقع لأجله وبالضمان الثمن أو بالموكل الراهن وبالضمان الدين. ولو كان التوكيل بالبيع بعد عقد الرهن ولم يشترط في العقد فهو وكيل الراهن وما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن أم لا. لأن التوكيل إذا كان بعد العقد لم يتعلق به حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن بأن وكل إنسانا أن يبيع شيئا ويقضي دينه من ثمنه ففعل ثم لحقه عهدة لم يرجع به على القابض. بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن وكان البيع واقعا لحقه وقد سلم له ذلك فجاز أن يلزمه الضمان. وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع. وإن مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فللمستحق الخيار إن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما غاصب في حقه لما ظهر من الاستحقاق بالبينة. فإن ضمن الراهن قيمته فقد مات العبد بالدين لأنه ملكه بالضمان من وقت وجوب الضمان وهو الغصب وغصبه كان قبل الرهن فإذا ملكه من ابتدائه صح الرهن لأنه ظهر أنه رهن ملك نفسه فصار المرتهن مستوفيا دينه بهلاك الرهن. وإن ضمن المرتهن قيمته يرجع المرتهن على الراهن بقيمة الرهن لأنه مغرور من جهته فإنه رهنه على أنه ملكه. وفي قبض المرتهن منفعة للراهن من وجه لأنه يستفيد به براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على المؤجر والمودع على المودع ويرجع بالدين عليه لأنه انتقض اقتضاؤه فعاد حقه كما كان. قال أبو حازم القاضي رحمه الله هذا غلط. لأنه لما رجع بضمان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه والملك في المضمون يقع لمن يستقر عليه الضمان فإذا استقر الملك للراهن تبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما لو ضمن المستحق للراهن ابتداء. والجواب عنه أن المرتهن يرجع بالضمان على الراهن بسبب الغرور والغرور إنما حصل بالتسليم إلى المرتهن فإنما يملك العين من هذا الوقت وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون راهنا ملك نفسه. فأما المستحق فإنما يضمن الراهن باعتبار قبضه السابق لا بتسليمه فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده. ولأن الراهن

انما

إنما يتلقى الملك في الرهن من جهة المرتهن فالمرتهن يملكه أولا ثم ينتقل إليه كما في الوكيل بالشراء. وكأنه اشتراه من المستحق ثم باع من الراهن. وهذا لأن المرتهن غاصب في حق المستحق فإذا ضمن يملك المضمون ضرورة. ولكن لما كان الضمان قرار على الراهن ينتقل إليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من وقت القبض لأنه بالقبض صار غاصبا فيملكه الراهن بعده من جهته فيكون ملك الراهن متأخرا عن عقد الرهن. والله أعلم

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

إذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه نافذ كالإعتاق لأنه تصرف في خالص ملكه. ولنا أنه تعلق حق المرتهن به فيتوقف على إجازته. وإن تصرف الراهن في ملكه كالوصية يتوقف نفاذها فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة لتعلق حقهم به. فإن أجازه المرتهن جاز لأن المانع من النفاذ حقه وقد زال بالإجازة. وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأن المقتضي لنفاذ البيع موجود وهو التصرف الصادر عن الأهل في المحل وعدم النفاذ للمانع وقد زال. وإذا نفذ البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى الثمن في الصحيح. وعن أبي يوسف رحمه الله أن المرتهن إذا شرط عند الإجازة أن الثمن يكون رهنا فهو رهن وإلا لا يكون رهنا. لأنه إذا أجاز بعد الشرط فما رضي ببطلان حقه عن العين إلا أن يكون متعلقا بالبدل. فأما إذا لم يشترط فقد سقط حقه عن المرهون والثمن ليس بمرهون فلا يتعلق حقه به. وجه الظاهر أن خروجه عن الرهن بالبيع والبيع أوجب الزوال إلى بدل فيتعلق حقه بالبدل سواء شرط أم لا كما لو استهلكه إنسان فإنه يتعلق حقه بالقيمة. وهذا لأن حقه متعلق بالمالية وهو باق لقيام البدل مقام المبدل. ألا ترى أن العبد المديون إذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لرضاهم بالانتقال لا بالسقوط أصلا. فكذا هذا. وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لأنه يملك الإجازة فيملك الفسخ كالمالك لأن حقه يضاهي الملك. وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وإليه أشار في الجامع الكبير لأن التوقف مع المقتضي للنفاذ إنما كان لصيانة حقه وحقه يصان بانعقاد هذا العقد موقوفا وإذا بقي موقوفا فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن فيسلم له المبيع. لأن المانع على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ القاضي العقد بحكم العجز عن التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه. وصار كما إذا أبق العبد المشترى قبل القبض فإن المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يرجع الآبق وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد بحكم العجز عن التسليم. فإن باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيز المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته. لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فجاز البيع الأول إن أجازه وجاز البيع الثاني إن أجازه. ولو باع الراهن ثم آجر

ورهن أو وهب من غيره وأجازه المرتهن لهذه الإجارة أو الرهن أو الهبة دون البيع نفذ البيع السابق. والأصل أن تصرف الراهن في الرهن إذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن تصرفه. وإذا أجازه المرتهن ينفذ فيه فإن كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن فبالإجازة يبطل حق المرتهن والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن. وإن كان المرتهن أجاز اللاحق فإذا ثبت هذا فنقول المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتحول حقه إلى الثاني لأنه يتحول حقه إلى الثمن فإن الثمن يصير رهنا عنده ويكون المرتهن أخص بثمنه من الغرماء إذا مات الراهن فصح تعيينه لتعلق الفائدة به. ولا حق للمرتهن في هذه العقود إذ لا بدل في الهبة والرهن. والبدل في الإجارة في مقابلة المنفعة وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق. كما لو باع المستأجر من اثنين فأجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الأول لأنه لا حق له في الثمن فكانت الإجازة إسقاطا فلو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا. وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ إذا كان معسرا. لأنه تصرف يلاقي حق المرتهن بالإبطال فكان مردودا كالبيع بل أولى لأن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى نفذ بيع المكاتب دون العتق. فإذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن فلأن لا ينفذ إعتاقه أولى بخلاف ما إذا كان المعتق موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله. لأن حق المرتهن أمكن استدراكه بإيجاب الضمان عليه. بخلاف إعتاق المستأجر إذ الإجارة تبقى بعد العتق لأن الحر يقبل الإجارة أما الحر فلا يقبل الرهن فافترقا. ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو إعتاقه بعدم إذن المرتهن كالمشتري إذا أعتق المبيع قبل القبض وكإعتاق الآبق والمغصوب. وهذا لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن في حق البيع بالدين على اختلاف الأصلين وشيء من ذلك لا ينافي ملك العين فتبقى العين على ملك الراهن والإعتاق يعتمد ملك العين دون اليد. فإن قيل في تنفيذه إبطال حق المرتهن فلا ينفذ كالبيع قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حقه فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق تستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لأنها أقوى. على أنه إنما يبطل حقه ضرورة بطلان ملكه الرقبة لا أن يبطل أصلا بالإعتاق. فصار كإعتاق العبد المشترك بل أولى. لأن ملك الرقبة أقوى من حق المرتهن لأن له ملك اليد والرقبة وللمرتهن ملك اليد فقط. فإذا لم يمتنع الأقوى إعتاق فلأن لا يمتنع الأدنى أولى ولهذا إذا أعتق عبدا آجره يصح وتبطل الإجارة ضمنا له نص عليه صاحب الأسرار رحمه الله في طريقته. وعدم نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم. ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستأجر. والإعتاق لا يفتقر إليها بدليل نفاذ إعتاق الآبق. ولا يقال إذا أوصى المريض برقبة عبده لإنسان ولا مال له غيره ثم مات

واعتق

وأعتق الوارث هذا العبد لا يعتق لحق الموصى له. لأنه يعتق عندهما في الحال وعنده يخرج إلى الحرية بالسعاية. وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين ولا يضمنه قيمته. لأنه لا فائدة في تضمين القيمة مع حلول الدين. لأنه لو ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقع حقه استيفاء فلم يكن في التضمين وأنه يقع استيفاء العين حقه فائدة. إلا إذا كان الدين من خلاف جنس القيمة. وإن كان مؤجلا يؤخذ منه قيمة العبد وتكون رهنا مكان العبد حتى يحل الدين. لأن تصرفه وإن صادف ملكه إلا أنه تعدى إلى حق المرتهن فيجب الضمان وتكون رهنا قائما مقامه دفعا للضرر عن المرتهن. فإذا حل الدين اقتضاه بحقه لو كان من جنس حقه ورد الفضل. وإن كان المعتق معسرا سعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه. لأنه لما تعذر الوصول إلى حقه من جهة المعتق وجب الرجوع إلى من ينتفع بالعتق وهو العبد لأنه صاحب محل التلف. والمحال في حكم المشروط. ومتى تعذر تضمين صاحب السبب يضمن صاحب الشرط كالحافر مع الدافع. ثم يرجع العبد بما سعى على سيده إذا أيسر. لأنه سعى في دين عليه بإلزام الشرع مضطرا. ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه بما تحمل عنه. بخلاف المستسعى في إعتاق أحد الشريكين لأنه يؤدي ضمانا عليه. لأنه أصل في الضمان ولم يرد ضمانا عن غيره. وهذا لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما. وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه. فصار كمعير الرهن وقد حققناه في كتاب العتاق. ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية في العبد المشترك إذا أعتقه أحد الشريكين في حالتي اليسار والإعسار. وفي العبد المرهون حالة الإعسار فحسب. لأن الثابت للمرتهن مجرد الرهن الحق. والثابت للشريك حقيقة الملك فأوجب السعاية هنا في حالة واحدة وثم في الحالين إظهارا لانحطاط رتبته. ولم يسع المشتري للبائع إن أعتقه المشتري قبل قبضه وهو مفلس عندهم في الظاهر. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يسعى في قيمته للبائع ثم يرجع بها على المشتري كالمرهون إذا أعتقه الراهن. وجه الظاهر أن حق البائع في الحبس قبل القبض ضعيف حتى يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري ولا يملكه في الآخرة. ولم يتعلق الاستيفاء بهذا المحل. وإنما يثبت له حق الحبس ليستوفي من محل آخر. وحق المرتهن قوي حتى لا يبطل حقه بالإعارة من الراهن ليتمكن من الاسترداد وله يد الاستيفاء في هذا المحل في الحال. وتتعلق حقيقته بالهلاك. فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين القوي والضعيف. وهذا أمر تأباه العقول. ولو قال المولى لعبده قد رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر لزمته السعاية عندنا. وقال زفر رحمه الله لا يلزمه لأن قول المولى غير مقبول في إلزام السعاية عليه كما لو أقر به بعد الإعتاق. ولنا

انه اقر بتعلق الحق في وقت يملك التعليق فيه • اذ الولاية باعتبار الملك وانه قائم فلم يعتبر تكذيب العبد • بخلاف ما لو اقر بعد العتق • لانه اقر في حال انقطاع الولاية فلا تقبل • فلو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فلان التدبير يوجب حق العتق له فاذا لم يمنع حقيقة العتق بحق المرتهن فحق العتق اولى • فاما عند الشافعي رحمه الله فلان التدبير لا يمنع البيع فلا يكون مبطلا • فلو كانت امة فاستولدها صح الاستيلاد بالاتفاق • اما عندنا فظاهر واما عنده فكذلك • لان الاستيلاد لما نفذ لحق الملك للاب في امة ولده عنده فلان ينفذ لحقيقة الملك للراهن فيها اولى • فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما وتكون رهنا مكانهما ان كان الدين مؤجلا وان كان حالا فكما مر في اعتاق الراهن • وان كان الراهن معسرا فللمرتهن ان يستسعي المدبر وام الولد في كل الدين • لان كسبهما مملوك للمولى فتعلق قدرة الراهن على اداء الدين بكسبهما • ولو كان قادرا على ذلك بمال اخر امر بقضاء الدين منه • فكذا اذا كان قادرا عليه بكسبهما بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة • لان كسب المعتق خالص حقه فلا يجبر على ان يقضي به دين غيره ولكن قد سلمت له مالية الرقبة فكان مشغولا بحق المرتهن فلزمته السعاية في ذلك القدر لاحتباسه عنده كما تجب السعاية على معتق البعض للشريك الساكت • وان كان المعتق معسرا او لا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة وكسب المملوك لما كان للمالك حكمه حكم المالك فيما يلزمه من قضاء الدين والراهن كان مجبرا على قضاء كل الدين بملكه فيؤمر كل واحد من المدبر وام الولد بالسعاية في كل الدين ايضا • ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما يؤديان من كسبهما فيكون الاستيفاء واقعا من ملك المولى • بخلاف المعتق فانه يرجع لان الاستيفاء يقع من ملك المعتق وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع • وقيل اذا كان الدين مؤجلا لم يستسع المدبر الا في مقدار قيمته • لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيتقدر وجوب العوض بقدر ما فوت من العوض • واذا كان الدين حالا والقضاء واجب من مال الراهن فكسبه ملكه فيستسعى في الكل منه • ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا في مقدار قيمته لان كسبه بعد العتق لا يرجع به على المولى لانه اداه من ملك المولى ولو اقر على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره يسعى في قيمته من عتق لانه لا ولاية له الا على ماليته فيصح على قدر المالية • ولو قتله عبد قيمته مائة ودفع به ثم اعتقه سعى في مائة لقيامه مقام الاول • واتلافه كاعتاقه اي لو استهلك الراهن الرهن فالجواب فيه كالجواب فيما اذا اعتق الراهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن • لان للبدل حكم المبدل الا في السعاية لاستحالة

وجوب

وجوب السعاية على المستهلك • وان اتلفه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة منه وتكون رهنا في يده • لانه احق بالمبدل فيكون احق بالبدل وبالخصومة في استرداده • والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك • فان كان قيمته يوم الرهن الفا ويوم استهلكه خمسمائة غرم المستهلك قيمته خمسمائة وكانت رهنا وسقط خمسمائة من الدين فصار الحكم في الخمسمائة الزائد كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك • لان القبض السابق مضمون عليه • فاذا هلكت تقرر موجب القبض السابق • ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير فكان مضمونا عليه فكانت رهنا في يده حتى يحل لان للبدل حكم المبدل • فاذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه من جنسه وزاد الفضل على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حقه • وان نقصت القيمة عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب عليه بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة • لان ما انتقص كالهالك فسقط من الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر لان بتراجع السعر لا يسقط شيء من الدين كما لو رده على الراهن ووجب عليه بالاتلاف قيمته يوم اتلف • واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل به عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لان الضمان باعتبار قبضه وقد زال • ويد الراهن وهو غير مضمون لا يكون يد المرتهن وهو مضمون لمنافاة بينهما • فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض الموجب للضمان وللمرتهن ان يسترده الى يده • لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال • ولهذا لو هلك الراهن قبل الرد على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء • وهذا لان العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن فولد الرهن مرهون وليس بمضمون بالهلاك • واذا بقي عقد الرهن كان له استرداده واذا استرده عاد مضمونا لانه عاد القبض بحكم الرهن فيعود بصفته وهو الضمان • وكذا لو اعار احدهما اجنبيا باذن الاخر خرج عن ان يكون مضمونا وبقي مرهونا لما بينا • ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان • لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهو بخلاف ما اذا اجره او باعه او رهنه احدهما من اجنبي باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود رهنا الا بعقد مبتدا • ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة الغرماء • لان هذه التصرفات اوجبت حقا لازما للغير في المرهون فيبطل به حكم الرهن ولم يتعلق بالعارية حق لازم فافترقا • واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد المرتهن فيبقى ضمانا • وكذا ان هلك بعد الفراغ من العمل به لان يد العارية

مخالف بيد الضمان • وإن هلك في حالة العمل هلك لأن يد العارية غير مضمونة وقبض
الرهن مضمون فإذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى الضمان • وكذا إذا أذن
الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بينا • ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه
به من قليل أو كثير فهو جائز • لأن الثابت للمرتهن بعض ما يثبت بحقيقة الإيفاء
وهو ملك اليد • وإذا جاز أن يثبت له ملك اليد والدين باق على المديون من
ماله بطريق التبرع يجوز أن يثبت له ملك اليد بالرهن أيضا • ولما جاز أن ينفصل
ملك اليد عن ملك العين للبائع والإجارة جاز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين للمرتهن
ثبوتا • وإنما جاز الرهن بالقليل والكثير لأن المعير أطلق فالتقييد بشيء يكون زيادة
عليه فلا يجوز • وهذا الإطلاق لا يمنع صحة الإعارة لأنه لا يفضي إلى المنازعة
بمنزلة الإعارة للانتفاع مطلقا • ولو سمى له شيئا فرهنه بأقل منه أو أكثر ضمن
لأن التقييد مفيد في المنع من الزيادة والنقصان • وهذا لأنه إذا رهنه بأكثر
فربما يرضى المعير أن يكون ملكه محبوسا بما يتيسر عليه أو على المستعير قضاؤه دون
ما يتعسر عليهما • وإذا رهنه بأقل فربما يرضى المعير بأن يصير المرتهن عند الهلاك
مستوفيا للأكثر ليرجع هو على المستعير بذلك • فإذا رهنه بأقل فعند الهلاك
إنما يرجع المعير على المستعير بذلك القدر فلم يحصل غرضه • وكذا إذا سمى
جنسا لم يجز أن يرهنه بجنس آخر لأن التقييد مفيد فقد يتيسر على المعير أداء جنس
دون جنس • وكذا إذا أمره أن يرهنه من رجل فرهنه من غيره لأن التقييد
مفيد والناس يتفاوتون في الحفظ وأداء الأمانة • وكذا لو قال ارهنه بالكوفة
فرهنه بالبصرة • لأن التقييد مفيد فقد يرضى الإنسان بأن يكون ماله في بلده
دون بلده لأن الأماكن تتفاوت في الحفظ • ومتى صار مخالفا كان ضامنا قيمته
لأنه تصرف بغير إذنه فصار غاصبا • وللمعير الخيار إن شاء ضمن المستعير وتم عقد
الرهن بينه وبين المرتهن لأنه ملكه بأداء الضمان فظهر أنه رهن ملك نفسه •
وإن شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في
الاستحقاق • وإن وافق بأن رهنه بمقدار ما أمره به إن كانت قيمته مثل الدين
أو أكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن • لأن الاستيفاء قد تم بهلاك
الرهن وضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه بهلاك الرهن من الدين • لأنه صار قاضيا
دينه بهذا القدر من دينه • ومن قضى دينه بمال الغير يضمن له مثل ذلك المال • لأن
الموجب للرجوع هو قضاء الدين دون القبض نفسه • لأنه قبضه برضاه • وكذا
إن أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لأنه
صار قاضيا هذا القدر من الدين بماله والجزء معتبر بالكل • وإن كانت قيمته أقل
من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لأنه لم يقع الاستيفاء

بالزيادة

بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لرب الثوب ما صار به موفيا لما مر • ولو كانت قيمته
مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع
إذا قضى دينه • لأن المعير له حق القضاء لما فيه من تخليص ملكه • ولهذا يرجع على
الراهن بما أدى فلم يكن متبرعا • بخلاف ما إذا تبرع أجنبي بقضاء الدين فلرب
الدين أن لا يقبله منه لأنه متبرع لأنه لا يسعى في تخليص ملكه أو تفريغ ذمته
ولو هلك ثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان
عليه • لأن حفظ العين في الحالين بإذن المالك وبالهلاك قبل الرهن أو بعد
الفكاك لم يصر قاضيا شيئا من دينه بماليته • والضمان إنما يتعلق باعتبار استيفاء
الدين ولم يستوف • وإن اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المالك
هلك في يد المرتهن • وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما وكلته فالقول
للراهن مع يمينه • لأن الضمان إنما يجب على المستعير بإيفاء الدين منه وهو ينكر
الإيفاء • فإن قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان
بالافتكاك فلا يقبل قوله في ذلك إلا بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلنا
الرهن وإن كان إثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء بالهلاك فإذا أنكر
الهلاك في يد المرتهن فقد أنكر الإيفاء حقيقة والضمان ينشأ منه فكان
منكرا للضمان • ولو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير لأن
الإذن يستفاد من جهته ولو أنكر أصله كان القول له فكذا إذا أنكر وصفه
ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد
المرتهن قبل الإقراض والمسمى والقيمة سواء • أي القرض عشرة وقيمة الثوب عشرة المسمى ع
فضمن المرتهن للراهن القدر الموعود وهو عشرة لأن الدين الموعود كالدين المتحقق
ويرجع المعير على الراهن بمثله • لأن سلامة هذا القدر له من مالية الرهن باستيفائه
من المرتهن كسلامته له ببراءة ذمته عنه • ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير
جاز عتقه لقيام ملكه في العبد بعد الرهن كما مر في إعتاق الراهن وللمرتهن أن يرجع
بالدين على الراهن إن شاء لأن دينه ثابت في ذمته • وإن شاء يرجع على رب العبد
بقيمته • لأن حق المرتهن تعلق بماليته برضا المعير وقد استهلكه بإعتاقه
فيضمن قيمته وتكون القيمة رهنا في يده حتى يقبض دينه من الراهن ثم يردها على
المعير • لأن استرداد القيمة كاسترداد العين • ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه
فاستخدم العبد وركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى
المال ولم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لأنه قد برئ عن الضمان
حين رهنهما وإن كان أمينا خالف ثم عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان • فإن قيل
أليس أن المستعير إذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان قبل وصول المال إلى صاحبه

قلنا ثم يد المستعير يد نفسه في العود إلى المكان المشروط لا يصير رادًّا للعين على المالك لا حقيقة ولا حكمًا بخلاف المودع فإن يده كيد المالك في العود إلى الوفاق يصير رادًّا عليه حكمًا. وما نحن بصدده نظير مسألة الوديعة. لأن تسليمه إلى المرتهن يرجع إلى تحقيق مقصود المعير. حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيًّا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن بمثله فكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكمًا فلهذا يبرئ به عن الضمان. ولو افتك الرهن وقبضه ثم استخدم العبد أو ركب الدابة فهو ضامن لاستعماله ملك الغير بغير أمره. فإن لم يعطب بالخدمة والركوب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه فلا ضمان عليه لأنه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير فقد انتهت الاستعارة بالفكاك والمودع إذا خالف ثم ترك الخلاف يبرئ من الضمان والمعير إذا أراد استرداد المرهون بعد ما مات المستعير لا يملك ذلك ما لم يؤد دين الغريم وهو المرتهن كما في حال حياة المستعير كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي رحمه الله. ولو مات مستعير الرهن مفلسًا بقي رهنه ولم يبع الرهن إلا برضى المعير لأن ملكه قائم. فإن أراد المعير البيع وأبى المرتهن وفيه وفاء بيع بلا رضاه لأن حقه في الاستيفاء وقد سلم له. فإن لم يكن فيه وفاء شرط رضاه. لأن في الحبس منفعة له فقد يحتاج المعير إلى الرهن فيقضي دينه أو يتغير السعر. فلو مات المعير مفلسًا وعليه دين دون المستعير أمر راهنه بقضاء دينه ورد رهنه ليصل كل ذي حق إلى حقه. فإن عجز لعسرته فالرهن بحاله كما لو كان حيًّا ولورثة المعير أخذه إن قضوا دينه لأنهم بمنزلة المورث. فإن طلب غرماء المعير وورثته بيعه إن كان فيه وفاء باعوه وإلا لا كما مر. وشرط رضى الغرما إن لم يف بدينهم ما فضل وإن كان يفي لم يعتبر رضى الغرماء لوصول حقهم إليهم وكذا لو مات المعير والمستعير. وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة. أما الأول فإنه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان. ألا ترى أن تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث. وكذا الورثة إذا أتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه. وأما الثاني فلأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه ويسقط من دينه بقدر الضمان إذا كان الضمان بصفة الدين. وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا جنايته على المرتهن معتبر والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال. بأن كانت الجناية خطأ في النفس أو فيما دونها. أما الأول فبالاتفاق فلأنها جناية المملوك على المالك وجناية المملوك على المالك فيما يوجب المال هدر. بخلاف الجناية الموجبة للقصاص. لأن المستحق بها دمه.

والمولى

والمولى من دمه كأجنبي آخر. وهذا بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه فإنها تعتبر عند أبي حنيفة رحمه الله مع أن المغصوب مضمون على الغاصب كما أن المرهون مضمون على المرتهن. لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندًا حتى يكون الكفن عليه فتبين أن العبد جنى على غير مالكه فاعتبرت. فأما ضمان الرهن وإن تقرر على المرتهن فلا يوجب الملك له في العين. ولهذا لو مات كان الكفن على الراهن فلم يتبين به أن جنايته كانت على غير مالكه فلهذا كانت هدرًا فالحاصل أن المرهون من حيث أنه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث أن عينه أمانة كالوديعة. فباعتبار أنه كالأمانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدرًا. وباعتبار أنه كالمغصوب يجعل جنايته على الضامن هدرًا. وأما الثاني فلهما أن هذه جناية حصلت على غير مالكه والأصل في جناية بني آدم أن تعتبر إذا كان في اعتبارها فائدة. وفي اعتبارها هاهنا فائدة. لأن موجب اعتبارها الدفع وللمرتهن غرض صحيح في ملك العبد وإن سقط دينه فوجب أن يعتبر. ثم إن شاء المرتهن والراهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن وإن قتله المرتهن صار عبدًا له وبطل الدين. وإن قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وهو نظير المغصوب فإن جنايته على الغاصب تعتبر عندهما. وعنده لا تعتبر. وله أنا متى اعتبرنا حكم هذه الجناية للمرتهن كان على المرتهن التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه. وإذا أوجبنا الضمان له وأوجبنا عليه التطهير والتخليص لم يكن في اعتبارها فائدة ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت الملك له في العبد فإن ذا لا يكون إلا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصًا إذا لم يكن عليه من الفداء شيء. وأما إذا جنى على مال المرتهن فإنها لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء. لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يتملك العبد وهو الفائدة. فإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة رحمه الله أنها تعتبر بقدر الأمانة. لأن ذلك الفضل ليس في ضمانه فصار بمنزلة عبد الوديعة فإذا جنى على المستودع فإنها تعتبر. وعنه أنها لا تعتبر لأن الفضل وإن لم يكن مضمونًا فحكم الرهن فيه ثابت وهو الحبس بالدين فصار بمنزلة المضمون. وجناية الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن كالجناية على الأجنبي في الصحيح. لأن المعنى الذي يستدعي إهدار موجب الجناية وقوعها من المملوك على المالك أو كون العبد الجاني في ضمانه وقد فقد في حق الابن فكانت الجناية عليه وعلى الأجنبي سواء فيدفع أو يفدى. رهن عبدًا قيمته ألف بألف فقتله عبد قيمته مائة فدفع به أو تراجع سعر العبد حتى صار يساوي مائة فكّ بكل الدين خلافًا لزفر رحمه الله. ولو رهن عبدًا يساوي ألفًا بألف إلى أجل فنقص سعره إلى مائة فقتله حر وغرم قيمته مائة ثم حل الأجل يأخذ المرتهن

صل

مائة بحقه ولا يرجع بتسعمائة على الراهن. ولو أمر الراهن المرتهن ببيعه إذا حل الأجل
فلما حل باعه بمائة فإنه يقبض المائة قضاء لحقه ويرجع على الراهن بتسعمائة. فهذه
فصول أربعة في الفصل الثالث والرابع على الاتفاق. والأصل أن النقصان
من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا. حتى لو رهن عبدا قيمته ألف
فنقص في السعر حتى صار يساوي مائة لم يسقط شيء من الدين. وعند زفر رحمه الله
يسقط بتسعمائة من الدين لنقصان المالية بتغير السعر كما لو انتقصت المالية بتغير
في البدن. وهذا لأن الضمان الثابت بالرهن باعتبار المالية دون العين فإنه ضمان
الاستيفاء والمالية تنتقص بنقصان السعر كما تنتقص بنقصان العين. ولنا أن
نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس فيه وذا غير معتبر في شيء من العقود
ولهذا لا يثبت الخيار للمشتري بنقصان السعر ولا يسقط شيء من الثمن. ولو انتقص
سعر المغصوب لا يضمن الغاصب شيئا. بخلاف نقصان البدن لأن يد الراهن
يد الاستيفاء وبفوت جزء منه يتقرر الاستيفاء. فإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان
السعر في الفصل الثالث بقي مرهونا بكل الدين فإذا قتله حر غرم قيمته مائة لأن المتلف
يعتبر قيمته يوم الإتلاف إذ الجابر بقدر الفائت فيقبض المرتهن المائة قضاء بمثلها
من الدين لأنه ظفر بجنس حقه في ذلك القدر ولا يرجع على الراهن بشيء من تسعمائة
لأن الفضل على المائة توى في ضمان المرتهن فصار هالكا بالدين. وهذا لأن
يد المرتهن يد الاستيفاء وبالهلاك يتقرر الاستيفاء وقد كانت قيمته في الابتداء ألفا
فيصير مستوفيا الكل من الابتداء. وصار كما لو هلك الرهن فإنه يسقط كل
الدين. وأما الفصل الرابع وهو ما إذا باعه بمائة فإنه يصح لأنه إن كان موضوع المسألة
أن سعره تراجع إلى مائة فظاهر لأنه باعه بمثل قيمته فصح بالإجماع. فإن كان
موضوع المسألة أنه لو لم ينتقص يصح البيع أيضا عند أبي حنيفة رحمه الله. وصح
عندهما إن كان قال بع بما شئت. وإذا صح البيع صار المرتهن وكيل الراهن
لما باعه بإذنه وصار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه. ولو كان كذلك
يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى كذا هذا. وأما الفصل الأول
وهو ما إذا رهن عبدا قيمته ألف بألف فقتله عبد قيمته مائة ودفع افتكه
بجميع الدين جبرا ولا خيار له بين أن يفتكه أو يدعه بكل الدين عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وعند محمد رحمه الله إن شاء الراهن
افتكه وأدى الدين كله وإن شاء سلم العبد المرهون المدفوع إلى المرتهن بدينه
وقال زفر رحمه الله يفتكه بمائة ويسقط ما زاد على ذلك. لأن النقصان
يحصل في ضمان المرتهن فكان محسوبا عليه كما لو تراجع سعر الأول إلى
مائة ثم قتله حر غرم قيمته مائة فإنه يسقط من الدين تسعمائة ويأخذ المرتهن

المائة

المائة قضاء بمثلها كما مر آنفا. ولنا أن العبد المدفوع قام مقام المدفوع قام مقام الأول
بلحمه ودمه لأنه بدله فصار كأن المقتول قائم وتراجع سعره. ولو كان الأول
قائما وتراجع سعره لم يسقط شيء من الدين عندنا لما بينا فكذا إذا قام المدفوع مقامه
واحتج محمد رحمه الله بأن الثاني وإن قام مقام الأول فقد تغير عن أصله. لأنه غيره في
الحقيقة والتغيير لا بد من أن يوجب الخيار لأنه في ضمان المرتهن كما لو قتل المبيع
عبد في يد البائع فدفع به فإنه يخير المشتري. وكذا إذا قتل المغصوب وقيمته ألف
عبد قيمته مائة فدفع به فالمغصوب منه بالخيار بين أن يترك على الغاصب وبين أن
يأخذه. ولو تراجع السعر في هاتين الصورتين ولم يقبل لم يخير كذا هنا. ولهما
أن التغيير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحما ودما. ولو كان الأول
قائما وقد تراجع سعره لم يكن له خيار فكذا هنا وعين الرهن أمانة فكيف يجوز تمليكه
منه بغير رضاه وتملك الرهن بالدين حكم جاهلي فصار باطلا. وإذا بطل التملك بغير
الفكاك بتغير الغصب لأنه يملكه بأداء الضمان مشروع وبخلاف البيع لأن حكم بخلاف ع
الخيار فيه الفسخ وهو مشروع أما الجعل بالدين فمنسوخ. ولو تراجع سعر العبد
إلى مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف فقد مر تقريره في الفصل
الثاني. وإذا قتل العبد المرهون قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن لأن العبد
في ضمانه ويقال للمرتهن افد العبد من الجناية. وليس للمرتهن أن يدفع العبد
لأن الدفع تمليك وهو لا يملك التمليك فإذا فداه طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع
على الراهن بشيء من الفداء. لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها. وإن أبى
المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية. لأن الملك في الرقبة للراهن
وإنما بدئ بالمرتهن بالفداء لأنه لقيام حقه. فإن أبى عن الفداء طولب الراهن بحكم
الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء. فإن اختار الدفع سقط الدين. لأن
العبد استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك. وكذا إن فدى لأنه
استخلص لنفسه بالفداء. وكان الفداء على المرتهن فصار العبد كالحاصل له بعوض
كأنه اشتراه من ولي الجناية. وإذا ولدت المرهونة ولدا فقتل إنسانا خطأ
أو استهلك مال إنسان فلا ضمان على المرتهن بل يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في
الابتداء لأنه غير مالك وإنما يتوجه عليه الخطاب بحق الرهن مضمون عليه ولم يسقط لأن المحل ع
شيء من الدين كما لو هلك. وإن فدى فهو رهن مع أمه على حاله. ولو استهلك العبد
المرهون مالا يستغرق رقبته فإن أدى المرتهن الدين الذي على العبد فدينه على حاله
كما في الفداء في باب الجناية لأنه أزال الشغل فظهر المحل. وإن أبى قيل للراهن
بعه في الدين إلا أن تختار أن تؤدي عنه الدين فإن أدى دين المرتهن كما ذكرنا
في الفداء وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لأن دين العبد

يقدم على دين المولى فاولى ان يتقدم على حق المرتهن • فان فضل من دين الغريم شيء نظر في ذلك فان كان دين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر بطل دين المرتهن وما فضل للراهن • لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فسقط دينه كما لو هلك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من ثمن العبد ولا دين فيه يبقى رهنا • فان كان دين المرتهن قد حل اخذه بدينه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسك الباقي حتى يحل • وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي من الدين على احد حتى يعتق العبد لان دين الاستهلاك تعلق برقبته وقد استوفيت الرقبة فتاخر الباقي الى ما بعد العتق • واذا اعتق وادى لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله • ولو كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد يقال لهما افديا لان نصفه مضمون ونصفه امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفداء الامانة على الراهن • فاذا اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن • والدفع لا يكون من المرتهن لانه تمليك وهو لا يملك التمليك والمراد به ان الراهن دفع ورضي به المرتهن • فان تشاحا فقال المرتهن انا افدي وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن ان يفدي • لان الراهن بالدفع يسقط حق المرتهن والمرتهن لا يسقط حق الراهن بل يحفظ حق نفسه من غير اضرار بالراهن فكان اختياره اولى ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه كان يقدر ان لا يلتزم الفداء حتى يخاطب الراهن • فلما التزمه والحال هذه صار متبرعا • وهذا على الرواية التي روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا فدى مع حضوره لا يرجع • واما على الرواية الاخرى فينبغي ان يرجع بحصة الامانة لانه لا يقدر على اصلاح حقه في المضمون الا بعد اصلاح الامانة • وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي فله ذلك • وان كان الراهن يختار الدفع • لان الولد ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض وهو زيادة التوثق لاستيفاء دينه ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي • ولو قال الراهن انا افدي وقال المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن وللراهن ان يفديه لانه لا فائدة لاختيار المرتهن الدفع لانه يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفداء • وفي الدفع اسقاط حق الراهن في الرقبة وله غرض صحيح في استبقاء الرقبة بالفك اذا كان في اختيار المرتهن للدفع تفويت غرض الراهن بلا فائدة فلا يعتبر • وان ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن بنصف الفداء من دينه • لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا • ثم ينظر فان كان نصف الفداء اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي • لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن فهو ليس بمتطوع

كان له ان يرجع عليه بما بقي • لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن فهو ليس بمتطوع فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى بعضه فبقي العبد رهنا بالباقي • ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع • وان كان غايبا لم يكن متطوعا عند ابي حنيفة رحمه الله • وعند ابي يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع حاضرا كان الراهن او غايبا لانه فدى ملك غيره بغير امره فصار كالاجنبي • وله انه اذا كان الراهن حاضرا وقد امكن مخاطبته واذا فداه المرتهن فقد تبرع فصار كالاجنبي • واما اذا كان غايبا فقد تعذرت مخاطبته والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا • واذا مات الراهن باع وصيه الرهن قبل موته باذن المرتهن وكذا الوصية وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه • لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره • وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه • لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي • لان موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن حكما فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي • فان قضى دينهم قبل ان يردوه نفذ لزوال المانع وهو حق بقية الغرماء ولو لم يكن للميت غريم اخر جاز هذا الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي ويبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده • واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء حكما وهو يملكه وفي رهن الوصي تفصيلات تاتي في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل ومن رهن عصيرا بعشرة دراهم قيمته عشرة دراهم فصار خمرا عند المرتهن ثم صار خلا يساوي عشرة دراهم فهو رهن بالعشرة • وهذا لان عقد الرهن لم يبطل بالتخمر • لان ما صلح محلا للبيع صلح محلا للرهن • لان المحلية انما تكون بالمالية فيهما والخمر لا يصلح محلا لابتداء البيع ويصلح لبقايه • فان من باع عصيرا فتخمر في يد البايع بقي البيع الا انه يخير في البيع لتغير وصف المبيع كما لو بقيت • فاذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه فجعل كان لم يكن • وكذا لو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بالدرهم • لان بموت الشاة لم يبطل عقد الرهن بل صار المرتهن مستوفيا وبالاستيفاء يتاكد الرهن • فاذا عادت المالية بالدبغ صادفت عقدا قايما فيثبت فيه حكمه بقسطه لانه حي بعض المحل بخلاف الشاة المبيعة اذا ماتت قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان الشاة اذا ماتت فقد انتقض البيع ولا عود بعد الانتقاض • اما الرهن فبالهلاك يتقرر • ومن مشايخنا رحمهم الله من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع •

وفي المبسوط ان الوصي لو قضى بعض الغرماء دينهم [illegible]

يقول والجمهور على انه لا يعود لما بينا • واذا ابق الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود
رهنا عندنا كما كان • وعند زفر رحمه الله لا يعود رهنا بل يكون ملكا للمرتهن
لان القاضي اذا جعله بالدين فقد ملكه اياه فصار كالمغصوب وثم يعود ملكا
للغاصب • ولنا ان المرتهن لا يملكه بالدين بل يقع بقبضه الاستيفاء من وجه
ويتم بالهلاك فاذا عاد ظهر انه لم يتم فبقي محبوسا بالدين • ونماء الرهن كالولد
والثمر واللبن والصوف للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل
تحبسه حتى يستوفي الدين الا ان النماء ليس بمضمون حتى لو هلك في يد المرتهن لم
يسقط شيء من الدين • وقال الشافعي النماء ليس برهن وبه قال مالك رحمه الله
لان الثابت بالرهن حق البيع في الدين عنده وذا ليس بحق متأكد في العين
فلا يسري الى الولد كحق الوكالة بالبيع • ولنا ان حق المرتهن متأكد
في الاصل فيسري الى الولد ونحوه كملك الراهن • ولهذا يسري الى ولد العين
الا انه لا حصة له من الضمان لان الاتباع لا يسقط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل
تحت العقد مقصودا الا اذا صار مقصودا بالفكاك كولد المبيع لا حصة له من الثمن
الا اذا صار مقصودا بالقبض • فاذا هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته
يقسم الدين على قدر النماء يوم الفكاك وقيمة اصله يوم القبض كما يقسم على قيمة
الزيادة المتصلة يوم القبض • لان الاصل والزيادة دخلا في ضمانه بالقبض
فتعتبر قيمتهما يوم القبض والنماء انما صار له حصة من الضمان بالفكاك • فانه لو
هلك قبله هلك بغير شيء فيعتبر قيمته حينئذ • فما اصاب الاصل سقط من الدين
وما اصاب النماء افتكه الراهن بحصته • وسيجيء بيانه بعد هذه في المسائل ان شاء الله تعالى •
المرتهن اذا حلب الشاة المرهونة وشرب او اكل ولدها الذي ولدت
عند المرتهن باذن الراهن جاز له ذلك ولا يسقط شيء من دينه لانه اتلف باذن
المالك • فان لم يفتك الشاة حتى هلكت عند المرتهن يقسم الدين على قيمتها وعلى
قيمة اللبن فتسقط حصة الشاة ويقضي حصة اللبن • لان اتلاف المرتهن انتقل
الى الراهن لما كان باذنه وصار الراهن مستردا لما اتلفه المرتهن فصار
له فسقط من الدين فبقي بحصته • وكذا حكم الولد وجميع النماء • ولو فعله
الراهن بنفسه او اجنبي بامره يضمن ويكون الضمان رهنا • لان المرتهن ما
رضي بالاتلاف فيضمن بحقه • وتجوز الزيادة في الرهن بان رهن ثوبا بعشرة
قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا اخر ليكون رهنا مع الاول بعشرة • ولا
تجوز الزيادة في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو القياس • اي اذا رهن
عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين اخر بالشراء او بالاستقراض فجعلا الرهن
بالدين الثاني رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين

الحادث

الحادث عندهما بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق • وقال ابو يوسف رحمه الله
تجوز الزيادة في الدين ايضا • وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا تجوز فيهما
فالخلاف معهما في الرهن والثمن والمبيع والمهر والمنكوحة بان تزوج امة من
رجل بمهر معين ثم زوجه امة اخرى بهذا المهر سواء وقد قررناه في البيوع
لابي يوسف رحمه الله ان الدين مع الرهن يتحاذيان بمحاذاة المبيع مع الثمن • حتى
يكون الرهن محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن • ثم الزيادة في
الرهن ملحقة بالاصل في العقد فكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والثمن
وهذا لان الحاجة تمس الى الزيادة في الرهن بان يكون في مالية الرهن فضل
على الدين ويحتاج الراهن الى مال اخر فيجعلانه رهنا بهما • ولهما ان الزيادة في
الدين تؤدي الى الشيوع في الرهن لان بعض الرهن تفرغ من الدين الاول ليثبت
فيه ضمان الدين الثاني فيبقى حكم الاول في البعض مشاعا ويثبت فيما يقابل الزيادة
مشاعا والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن • فاما في الزيادة في الرهن فيؤدي
الى الشيوع في الدين لان بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الاول الى الثاني •
والشيوع في الدين لا يضر كما لو رهنه بنصف الدين رهنا ولا يقال الزيادة
تثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد فلا تؤدي الى الشيوع • لان الالتحاق باصل
العقد في المعقود عليه او المعقود به والدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به
لان المعقود به ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن
فلا يمكن اثبات الزيادة فيه ملحقة باصل العقد • واما الرهن فمعقود عليه
لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة
في الرهن زيادة في المعقود عليه فيلتحق باصل العقد والثمن يجب بالعقد
فيكون معقودا به فوضح الفرق • ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى
هذه الزيادة قصدية قسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة
يوم قبضت • لان حكم الرهن في الزيادة انما يثبت بقبض المرتهن فيعتبر قيمتها
حين يثبت حكم الرهن فيها كما يثبت ذلك في قيمة الاصل • حتى لو كانت
قيمة الاصل يوم قبضه الفا وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين الف
يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين • والولد لا يستتبع
الزيادة حال بقاء اصله لان الولد تبع فلا يستتبع غيره حتى يقسم الدين اولا
على الام والزيادة • ثم ما اصاب الام يقسم بينها وبين ولدها على قدر
قيمتها • فان حصلت الزيادة بعد هلاك الام يكون رهنا تبعا للولد • لان
الولد صار اصلا حتى يقسم الدين اولا على الولد والام ثم ما اصاب الولد يقسم
بينه وبين الزيادة بشرط بقاء الولد الى وقت الفكاك • رهن امة بالف

فولدت فماتت فزاد عبداً او قيمته كل واحد من الام والولد والزيادة الف يقسم
الدين اولاً على الام والولد نصفين يسقط بهلاكها نصف الدين ويبقى في الولد نصف
الدين وسعه العبد وقسم باقيه عليهما نصفين بشرط بقاء الولد الى وقت الفكاك
حتى لو هلك الولد قبل فكه ظهر انه لم يكن في الولد شيء من الدين وان الام هلكت
بكل الدين فان الزيادة لم تصح • حتى لو هلك العبد ايضاً قبل هلاك الولد او بعد هلاكه
يهلك امانة • ولو لم يهلك الولد وزادت قيمته الفاً فصارت قيمته يوم الفكاك
الفين فالدين يقسم اولاً على الام والولد اثلاثاً ثلثه في الام وقد سقط بهلاكها وثلثاه
في الولد ثم يقسم ذلك بينه وبين الزيادة اثلاثاً • ثلثاه في الولد وثلثه في الزيادة •
وان نقصت قيمته فصارت خمسمائة يقسم الدين بين الام والولد اثلاثاً • ثلثاه في
الام وقد سقط وثلثه في الولد ثم ما اصاب الولد يقسم بينه وبين الزيادة اثلاثاً •
ثلثه في الولد وثلثاه في الزيادة • رهن امة قيمتها الف بالف ثم قضى الراهن نصف دين
المرتهن ثم زاد عبداً قيمته الف فالزيادة تكون ههنا تبعاً للنصف الامة • لان نصفها
فرغ من الولد فيكون محبوساً بالدين غير مشغول بالدين • والنصف الاخر
مشغول بالدين ومحبوس به والزيادة تبع للنصف المشغول لا للنصف الفارغ فيقسم
الدين الذي في النصف المشغول عليه وعلى الزيادة اثلاثاً ثلثه في النصف المشغول وثلثاه
في الزيادة • لان قيمة الزيادة ضعف قيمة النصف المشغول • فلو هلكت الامة
تهلك بثلثي الدين لان النصف الفارغ مضمون بالدين • الا ترى انه محبوس
فيهلك ذلك النصف بنصف الدين المؤدى حتى يجب على المرتهن رد ذلك النصف الذي
اخذ لانه تبين ان الاستيفاء وقع مكرراً لانه يصير مستوفياً عند الهلاك
بالقبض السابق ثم يهلك النصف الاخر بما فيه وهو ثلث النصف • فلهذا قلنا انها
تهلك بثلثي الدين اذ نصف الدين مع ثلث النصف يكون ثلثي الدين • ولو زاد امة
قيمتها خمسمائة فولدت الزيادة ولداً ثم ولدت الجارية ولداً يقسم الدين اولاً بين
نصف الجارية وبين الزيادة فما اصاب الزيادة يقسم بينها وبين ولدها على قدر
قيمتها • وما اصاب نصف الجارية يقسم بينها وبين ولدها • ولو وجد المرتهن
النصف المقبوض رصاصاً او ستوقاً تكون الزيادة ههنا تبعاً للامة يقسم الدين
بينهما نصفين • لان الاستيفاء لم يصح لانهما ليسا من جنس الدراهم فكان كل
الدين قائماً في الامة • بخلاف الزيوف لانها من جنس الدراهم فصح الاستيفاء •
رهن امتين بالفين قيمة كل واحدة الف فولدت احديهما ولداً قيمته الف فماتت
الام وبقي الولد يقسم الدين بين الامتين نصفين • ثم ما في الام يقسم بينها وبين
ولدها نصفين فيسقط بهلاك الام ربع الدين ويبقى في الولد ربعه وفي الامة الحية
نصفه • فلو زاد عبداً قيمته الف فالزيادة تقسم على الامة وعلى الولد على قدر دينهما

اثلاثا

وإن [illegible] مستغرقاً بالدين

اثلاثاً فثلثه يكون ههنا تبعاً للولد وثلثاه يكون ههنا تبعاً للجارية • ثم الدين
الذي في الولد يقسم بينه وبين ثلث الزيادة الذي هو رهن معه على قدر قيمتهما
وقيمة الولد الف • وقيمة ثلث الزيادة ثلث الالف • فنجعل كل ثلث سهماً فيقسم
بينهما ارباعاً • ربعه وهو سهم لثلث الزيادة وثلاثة ارباعه للولد وثلثاه تبع للحية
فيقسم ما فيها على قدر قيمتها وقيمة ثلثي الزيادة ثلثا الالف وقيمة الحية الف فنجعل
كل ثلث سهماً فيقسم عليهما اخماساً • خمساه في ثلثي العبد الزيادة • وثلاثة اخماسه
في الحية ويهلك العبد والحية بما فيه • وان هلك الولد تبين ان الام هلكت بالف وانه
لم يكن في الولد شيء وان الزيادة تبع للحية • ولو زاد الولد الفاً والمسئلة بحالها فما في امه وهو
الف يقسم بينها وبين الولد اثلاثاً • ثلثه للام يسقط بهلاكها وثلثه في الولد وانقسمت
الزيادة على الحية والولد بقدر دينهما اخماساً سهمان يكون ههنا مع الولد • وقسم ما في
الولد من الدين وهو ثلثا الالف بينه وبين خمسي الزيادة على قدر قيمتهما اسداساً
بينهم في الزيادة وخمسة اسداسه في الولد لان قيمة خمسي الزيادة اربعمائة وقيمة
الولد الفا درهم فنجعل له بمائتين سهماً فتكون الجملة ستة اسهم وثلاثة اسهم تكون
ههنا تبعاً للامة • ويقسم الدين الذي في الامة وهو الف بينه وبين ثلاثة اخماس الزيادة
على ثمانية على قدر قيمتهما وقيمة ثلاثة اخماس الزيادة ستمائة وقيمة الامة الف
فنجعل كل مائتين سهماً فيكون الكل ثمانية اسهم خمسة اسهم للامة وثلاثة اخماس
الزيادة • رهن امة قيمتها الف بالف فاعورت سقط نصف الدين • لان العين من
الآدمي نصفه • فلو زاد عبداً يساوي خمسمائة صحت لوجود المزيد عليه ويقسم نصف
الدين عليهما نصفين بقدر قيمتهما • فان ولدت العوراء ولداً يساوي الفاً قسم الدين
على الام والولد نصفين • فقد جعل الولد الحادث بعد العور كالحادث قبل
العور في حق قسمة الدين • لان الولد يلتحق باصل العقد فيجعل كانه كان موجوداً
وقت العقد فيسقط بالعور نصف ما فيها وهو ربع الدين ويبقى فيها ربع الدين
وفي الولد نصف الدين غير ان الولد نصفه صار اصلاً بفوات نصف الامة ونصفه
بقي تبعاً لقيام نصف الامة • ويجعل ربع الدين الذي في النصف التابع الذي في حق
قسمة الزيادة كانه في الام لما مر ان الزيادة لا تتبع النصف الذي تبع • فصار
في الام خمسمائة • وفي الولد مائتان وخمسون فتقسم الزيادة على الامة وعلى نصف
الولد الذي هو اصل على قدر ما فيهما والدين في الام خمسمائة وفي النصف الاصل من الولد
مائتان وخمسون • فانقسمت الزيادة عليهما اثلاثاً • ثلثاه صار رهناً مع الامة
وثلثه صار رهناً مع نصف الاصل من الولد ثم ربع كل الدين الذي في النصف الاصل
من الولد يقسم بينه وبين ثلث الزيادة على قدر قيمتهما وقيمة نصف الاصل من الولد
خمسمائة • وقيمة ثلث الزيادة ثلث خمسمائة • فجعلنا كل ثلث خمسمائة سهماً •

فصار ثلث الزيادة سهمًا ونصف الولد ثلاثة أسهم فانقسم ربع الدين على أربعة. وأقل
حساب له ربع ربع ستة عشر فجعلنا الدين ستة عشر ربعه أربعة فانقسم بين
نصف الولد وبين ثلث الزيادة على أربعة وفي الأمة نصف الدين ثمانية فانقسم بينها
وبين ثلثي الزيادة بقدر قيمتهما وقيمة ثلثي الزيادة ثلثا خمسمائة وقيمة الأمة خمسمائة
فالتفاوت بينهما بثلث خمسمائة فجعلنا كل ثلث خمسمائة سهمًا فصار الكل خمسة
أسهم فانقسم نصف الدين وهو ثمانية بينهما أخماسًا وقسمة ثمانية على خمسة لا تستقيم
فضربنا أصل المسألة وهو ستة عشر في مخرج الكسر خمسة فيكون ثمانين
فمنه تخرج المسألة سقط بالعور عشرون وفي النصف الأصل من الولد ربع الدين
وهو عشرون انقسم بينه وبين ثلث الزيادة على أربعة ربعه في ثلث الزيادة خمسة
وخمسة عشر في نصف الولد. ثم الدين الذي في الأمة وهو أربعون يقسم بينهما
وبين ثلثي الزيادة أخماسًا خمساه في ثلثي الزيادة ستة عشر وثلاثة أخماسه في الأمة
أربعة وعشرون انقسم بينهما وبين نصف الولد التابع نصفين لكل واحد
اثنا عشر. فاجتمع في الزيادة مرة خمسة ومرة ستة عشر فيكون الكل أحدًا وعشرين
وفي الولد سبعة وعشرون. وفي الأمة اثنا عشر فيكون الكل سبعة وثلاثين. فهذا
معنى قول محمد رحمه الله أنه يفتك العوراء وولدها بسبعة وثلاثين جزءًا من
ثمانين جزءًا من الدين. والزيادة بأحد وعشرين وسقط عشرون. وهذه المسألة
بلغت بالعور والثمانين. رهن أمة بألف قيمتها ألف فولدت ولدًا يساوي
ألفًا ثم زاد الراهن مع الولد عبدًا يساوي ألفًا فهو جائز وهو رهن مع الولد خاصة
فيقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة. ولا تدخل الزيادة مع الأمة لأن الرهن
إنما يثبت فيه بإثبات الراهن وهو قد جعله زيادة مع الولد دون الأم فيثبت
على هذا الوجه فينظر إلى قيمة الولد يوم الفكاك وإلى قيمة الأم يوم العقد. فما أصاب
الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت. فإن مات الولد بعد
الزيادة بطلت الزيادة. لأن الولد إذا هلك خرج عن العقد وصار كأن لم يكن
فبطل الحكم في الزيادة. ولو كانت الزيادة مع الأم يثبت الحكم على الوجه المشروط
فيقسم الدين على قيمة الأم يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض. فما أصاب
الأم قسم عليها وعلى ولدها. لأن الزيادة إذا دخلت على الأم فكأنها كانت على أصل
العقد فيكون الولد داخلًا في حصة الأم خاصة. فإن ماتت الأم بعد الزيادة ذهب
ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيها. لأن بهلاك الأم يتقرر الضمان فلا
يبطل الحكم في الزيادة. بخلاف الزيادة في الولد. ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب
بغير شيء وكان العبد زيادة في الأم ولا ولد معها. وإن رهن عبدًا يساوي
ألفًا بألف ثم أعطاه عبدًا آخر يساوي ألفًا مكان الأول فالأول رهن حتى يرده على

الراهن

الراهن والمرتهن في الأول حتى يجعله مكان الأول. لأن الضمان في الأول متعلق
بالقبض والدين فيبقى ما بقي القبض والدين. فإذا لم يوجد الرد بقي الأول في يده. ومن
ضرورته بقاؤه أن لا يثبت الثاني. لأن الراهن لم يرض بجعلهما رهنًا وإنما رضي بأحدهما
فإذا لم يخرج الأول من ضمان الرهن لم يتعلق بالثاني ضمان. فإذا رد الأول نقض
الرهن فيه وقام الثاني مقام الأول. ثم قيل ما لم يقبض الثاني قبضًا مستأنفًا
لم يصر مضمونًا. لأن القبض الأول لم يوجب الضمان لأن يد المرتهن عليه يد أمانة
ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب الأدنى عن الأعلى. كمن له على آخر جياد
فاستوفى فإذا هي زيوف فأعطاها جيادًا ثم علم بالزيافة فطالبه بالجياد وأخذها فالجياد أمانة
في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض. وقيل لا يشترط القبض تجديده
لأن يد الأمانة تنوب عن يد الراهن لأن الرهن تبرع كالهبة. وقبض الأمانة
ينوب عن قبض الهبة لما مر. ولأن عين الرهن أمانة لما بينا والقبض يرد على العين
فينوب قبض الأمانة عن قبض العين. وإذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه
له ثم هلك الرهن في يد المرتهن ولم يحدث منعًا بعد الإبراء هلك بغير شيء ولا ضمان
على المرتهن استحسانًا. وقال زفر رحمه الله يضمن قيمته للراهن وهو القياس. لأن
القبض وقع مضمونًا فيبقى الضمان. ولنا أن ضمان الرهن باعتبار القبض والدين
لأنه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق إلا باعتبار الدين وبالإبراء لم يبق أحدهما وهو
الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال أحدهما. ولهذا لو رد
الرهن سقط الضمان لعدم القبض وإن بقي الدين. فكذا إذا أبرأ عن الدين
سقط الضمان لعدم الدين وإن بقي القبض. فأما إذا أحدث المرتهن بعد البراءة
منعًا ثم تلف في يده ضمن قيمته لأن حق المنع لم يبق فصار بالمنع غاصبًا فيضمن
القيمة. وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنًا بصداقها ثم أبرأته منه أو وهبت
له أو ارتدت قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها
يهلك بغير شيء في هذا كله ولم يضمن شيئًا لسقوط الصداق فصار كالبراءة
عن الدين كما مر. ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن في يده يهلك بالدين
ويجب عليه رد ما استوفى إلى من استوفى منه وهو من عليه الدين أو المتطوع في
الإبراء. والفرق أن الإبراء يسقط الدين لوجود المسقط. وبالاستيفاء لا يسقط
الدين بل يتقرر لكنه تتعذر المطالبة لخلوها عن الفائدة لأنه يعقب مطالبة
مثله. فإذا هلك يتقرر الاستيفاء الأول فتبين أنه استوفى مرتين فينتقض الاستيفاء
الثاني. وكذا إذا اشترى بالدين عينًا أو صالح عن الدين على عين لأنه استيفاء
وكذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك
بالدين. لأن الحوالة لا تسقط بالدين ولكن ذمة المحال عليه تقوم مقام ذمته

المحيل. ولهذا يعود إلى ذمة المحيل إذا مات المحتال عليه مفلسا. وكذا إذا تصادقا
على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين كذا في الهداية. ووجهه أن الرهن
مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود وقد بقيت
الجهة. لأنه يحتمل أن يتصادقا على قيام الدين بعد أن تصادقا على أن لا دين
بخلاف الإبراء لأنه يسقط به. وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في المبسوط
وإذا تصادقا على أن لا دين يبقى ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن
لأن الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي
لضمان الرهن. لأن الدين كان واجبا فصار مستوفيا. وأما إذا تصادقا على أن لا دين
والرهن قائم ثم هلك الرهن فإنه هناك يهلك أمانة. لأن بتصادقهما ينتفي الدين
من الأصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين. وذكر شيخ الإسلام الإسبيجابي
رحمه الله أنهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا رحمهم الله
فيه والصواب أنه لا يهلك مضمونا. رجل دفع مهر غيره تطوعا وطلقت المرأة
قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى. وكذا لو اشترى عبدا وتطوع
رجل بأداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى. وهذا عندنا.
وقال زفر رحمه الله الزوج والمشتري يرجعان بذلك على القابض لأن المتطوع
قضى عنهما فصار كقضائهما أو بأمرهما. ولنا أنه إذا قضى بأمرهما رجع عليهما
بما أدى فملكاه بالضمان وهنا لم يملكاه فبقي على ملك المتطوع. مرهونة
بألف قيمتها ألف ولدت ولدا قيمته خمسمائة فقتلهما عبد قيمته ألف ودفع
بهما فاعور فكه الراهن بأربعة أتساع الدين وذهب ثلاثة أتساعه. لأن الأم لما ولدت
انقسم الدين عليهما أثلاثا ظاهرا على تقدير السلامة. فلما قتلهما عبد ودفع بهما
قام مقامهما أثلاثا. ثلثاه بإزاء الأم وثلثه بإزاء الولد فلما اعور ذهب نصف
كل واحد منهما وقد كان بإزاء الأم ستمائة وستة وستون وثلثان فصار
ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وقد ثلثه بإزاء الولد وقد ذهب نصفه وبقي كان
سدس وذلك مائة وستة وستون وثلثان هذا حاصل ما بقي منه. والمعتبر
قيمة الأم يوم العقد وذلك ألف وقيمة الولد يوم الفكاك وذلك سدس الألف
مائة وستة وستون وثلثان. لأن حصته من الدين الثلث وعاد بالعور إلى
النصف أعني نصف الثلث ولم يسقط شيء من الدين. لأنه لا حصة له من الدين
إلا حال قيامه فيجعل الولد بينهما وللأم ستة أسهم وقد ذهب بالعور نصف
ما في الأم وذلك ثلاثة وبقي في الأم ثلاثة وفي الولد سهم وذلك أربعة أسهم من سبعة
وذهب من الدين ثلاثة أتساعه. ولهذا قال محمد رحمه الله يفتكه بأربعة
أتساع الدين. مرهونة بألف وقيمتها ألف ولدت ولدا يساوي ألفا فقتلتها أمة

تساوي

تساوي مائة فدفعت بها فولدت المدفوعة ولدا قيمته ألف فاعورت المدفوعة
ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين جزءا. وذلك اثنان وعشرون درهما
وثلثة أرباع درهم ناقصا جزءا من أربعة وأربعين جزءا من درهم. بيانه
أن الأم لما ولدت ولدا قيمته ألف انقسم الدين عليهما نصفين. لأن المعتبر قيمتها
يوم العقد وهي ألف وقيمة الولد يوم الفكاك وهي ألف أيضا. فلما قتلتها أمة قيمتها
مائة فدفعت بها تحول ما فيها من الدين لقيامها مقامها لحما ودما كأن الأولى
تراجع سعرها. فلما ولدت القاتلة ولدا انقسم ما فيها عليهما على قيمة القاتلة وهي مائة
وعلى قيمة ولدها وهي ألف فصار نصف الدين على أحد عشر فصار نصف الدين في
الولد الأول للأول لكذلك فصار كله اثنين وعشرين سهما في القاتلة وقد ذهب
بالعور نصفه وقد انكسر فصار بالتضعيف أربعة وأربعين سهما. اثنان وعشرون
في الولد الأول وعشرون في الولد الثاني وسهمان في القاتلة. ذهب بالعور سهم
فهذا معنى قول محمد رحمه الله ذهب من الدين جزء من أربعة وأربعين
ولو لم تعور ولكن قتلها والولد ابن عبد قيمته ألف ودفع بهم فاعور فإن الدين الألف
يقسم على ستة وعشرين سهما فيبقى حظ الولد الأول لخمسة من ستة وعشرين. ويقسم
ما بقي وهو أحد وعشرون على سبعة أسهم وعشر سهم. فحظ الولد الآخر خمسة فهو نائب
عن الراهن وحظ المدفوعة سهمان وعشر وقد ذهب نصفه بالعور وبقي سهم ونصف
عشر سهم ونصف عشر. بيانه أن العبد لما قتلهم ودفع بهم قام مقامهم وصار
العبد على أحد وعشرين. لأن القاتل قام مقامهم باعتبار قيمتهم وذلك ألفان ومائة
لأن قيمة القاتلة مائة وقيمة كل واحد من الولدين ألف فيحصل لكل مائة سهما
وذهب بالعور نصف بدل كل واحد من الثلاثة. فيبقى من كل واحد خمسة ويبقى
من القاتلة نصف سهم. إلا أن بذهاب بدل الولد لا يسقط شيء من الدين ولكن يظهر
بطلان القسمة لأنا قسمنا الدين على الأمة الأولى وعلى ولدها نصفين بتقدير بقاء ولدها
إلى وقت الفكاك ولم يبق فتصادق القسمة. فنقول قيمة المقتولة الأولى ألف. ولما
جعلنا العبد وقيمته ألف على أحد وعشرين صار كل ألف أحدا وعشرين. وما بقي من قيمة
ولدها خمسة فجعلناها ستة وعشرون في الأم. فإذا قتلتها أمة تحول ما فيها وهو أحد
وعشرون من ستة وعشرين إلى المدفوعة. فلما ولدت القاتلة ولدا قيمته يوم الفكاك
خمسة ينقسم ما فيها على قيمتها يوم الدفع وهي مائة وعلى قيمة ولدها يوم الفكاك خمسة
على سبعة أسهم وعشر سهم. لأنا جعلنا الألف على أحد وعشرين سهما. والمائة من
أحد وعشرين سهما وعشر سهم لأن المائة عشر الألف فكانت المدفوعة وما بقي من
ولدها سبعة أسهم وعشر سهم. فانقسم ما تحول من الدين إلى المدفوعة على سبعة أسهم
وعشر سهم فما أصاب سهمين وعشر سهم فهو حصة المدفوعة على سبعة أسهم

وعشر سهم، فما اصاب سهمين وعشر سهم فهو حصة المدفوعة فات بالاعوار
نصفه وهو سهم ونصف عشر سهم، وبقي سهم ونصف عشر سهم، وما اصاب خمسة اسهم
فهو حصة ولدها، مرهونة بالف قيمتها الف فقطعت يدها امة تساوي خمسمائة
ودفعت باليد ثم ولدت كل واحدة ولدا قيمته خمسمائة وقتلهم عبد قيمته الف
فدفع بهم فاعور العبد، فالراهن يفتكه بسبعة وعشرين جزءا من خمسة واربعين
جزءا من الدين، لان الجانية لما دفعت باليد قامت مقام نصف المقطوعة، لان
اليد من الادمي نصفه فكان في كل واحدة منهما نصفه، وانقسم ما في كل واحدة
منهما عليها وعلى ولدها نصفين، ثم العبد المدفوع بالاولاد قام مقامهم لانه تابع
بالدماء كل واحد منهم ربعه لاستواء القيمة فلما اعور ذهب من كل واحد نصفه
فبقي من كل ولد مائة وخمسة وعشرون، وما فات من كل واحد جعل كان لم يكن
وما كان من الامتين ذهب بالدين فيقسم الدين اولا على قيمة الامة الاولى وقت
العقد وهو الف، وعلى قيمة ولدها في الحاصل وهي مائة وخمسة وعشرون
فيجعل كل مائة وخمسة وعشرين سهما، فصار في الام ثمانية اسهم والولد
سهمان فانقسم الدين اتساعا، ثمانية اتساع في الام تحول نصف ذلك الى القاطعة
وهو اربعة اتساع الدين ثم يقسم ذلك على قيمتها يوم دفعت وهي خمسمائة، وعلى
قيمة ولدها وهي مائة وخمسة وعشرون، فاجعل كل مائة وخمسة وعشرين
سهما فيصير الولد سهما وللام اربعة اسهم فانقسم ما فيها اخماسا فانكسر مرة
بالاخماس ومرة بالاتساع، فاضرب تسعة في خمسة يكون خمسة واربعين فترجع
الى الابتداء فنقول كان في الام ثمانية فصار اربعين وكان في الولد سهم فصار
خمسة، ثم تحول ما في الام وهو عشرون الى القاطعة ثم انقسم عليها وعلى ولدها
اخماسا خمسه في الولد وهو اربعة، واربعة اخماسه في الام وهو ستة عشر، فلما
قتلهم عبد ودفع بهم قام مقامهم، فلما اعور ذهب نصف كل ضمان ذكرناه
في الامتين، عشرة مما في الاولى وثمانية مما في الثانية وذهب من الدين ثمانية
عشر من خمسة واربعين وبقي سبعة وعشرون، فلهذا افتكه الاعور
بسبعة وعشرين جزءا من خمسة واربعين جزءا من الدين، رهن امة بيضاء
احدى العينين قيمتها الف فابيضت عينها الاخرى وصارت قيمتها مائتا
درهم ذهب من الدين اربعة اخماسه، لانه ذهب بالعين الثانية ثمان مائة
من الالف وهي اربعة اخماسه، وهذا لانه لو فات كلها ذهب كل الدين
ففي البعض يذهب بقدر نقصان المالية، ونقصان المالية هنا بقدر اربعة اخماسه
فلهذا يسقط من الدين اربعة اخماسه، وهذا بخلاف ما اذا كانت صحيحة العينين
فابيضت احداهما، لان الفائت ثم عين واحدة والعين من الادمي نصفه فامكن

اعتبار

اعتبار المناصفة وهنا لا يمكن، لانه لا يبقى للجثة قيمة وهي متقومة، فاذا انجلى بياض
عينها الاولى لا يعود شيء من الدين مما سقط، لان الانجلاء زيادة في الرهن متصلة
فلا يسقط له من الدين، لانه تبع في الفكاك بخلاف الزيادة المنفصلة حيث ياخذ قسطا
من الدين اذا بقي الى وقت الفكاك لانه مقصود في الفكاك، فان ضرب رجل عينها
التي انجلت وعاد البياض وغرم ارشها ثمانمائة فهذه زيادة منفصلة فيقسم الدين على
قيمتها يوم العقد وهي الف وعلى الزيادة يوم الفكاك وهي ثمانمائة على تسعة اسهم،
لانا نجعل كل مائتين سهما اعتبارا للتفاوت فيما بين الاقل والاكثر خمسة
اسهم في الجانية سقط اربعة اخماسها ببياض عينها الاخرى وبقي فيها تسع الدين
واربعة اتساع الدين في الزيادة التي هي ثمانمائة فيفتك الجانية والارش بخمسة
اتساع الدين، قطع يد امة قيمتها الف فصارت قيمتها خمسمائة فرهنها سيدها
بخمسمائة فماتت عند المرتهن فقطع اليد سقط دين المرتهن، لان في قيمتها
وفاء بالدين فصار المرتهن مستوفيا دينه وضمن القاطع ارش اليد خمسمائة في
ماله حالة لبطلان حكم السراية حتى صار الراهن قاضيا دينه كما لو باع، وانما يجب
حالا لان الارش طرف في المملوك يكون في مال الجاني حالا كضمان الاموال، فان لم تمت الامة
حتى ولدت ولدا قيمته خمسمائة ثم ماتت من تلك الجناية سقط نصف الدين
لان الدين انقسم على قيمتها وقيمة ولدها فصار نصف الدين باقيا ببقاء الولد
ونصفه ساقطا بهلاكها وضمن القاطع نصف الارش والعاقلة خمسمائة
السراية بحكم ع
لانه تبين ان نصف الام كان امانة وانقطاع المضمونية وقضاء الدين فنصفها
مع نصف اليد بقي مضمونا فما كان من النفس فهو على العاقلة في ثلاث سنين
وتلك خمسمائة وما كان من اليد فهو مائتان وخمسون فعلى الجاني، ثم
يدفع الراهن مائتين وخمسين الى المرتهن ليكون رهنا عنده مع الولد، لانه
بدل نصف كان امانة فلو هلك الولد جعل كان لم يكن، فظهر ان الام ذهبت
بكل الدين وغرم المرتهن نصف خمسمائة للراهن ويردها الراهن على العاقلة
لانه تبين ان الواجب الارش دون ضمان النفس، لانه ظهر ان الام هلكت مضمونة
بكل الدين وان السراية قد بطلت، القول للقابض في تعيين المقبوض فدين
لانه كان امينا فالقول للامين كالمودع، وان كان ضمينا فالقول له كالغاصب
وهذا لان القابض لو انكر القبض اصلا كان القول له، فاذا انكر قبض
عين كان القول له ايضا، رهن امة قيمتها الف بالف وامر عدلا ببيعها ان حل الاجل
فجا المرتهن بامة تساوي الفا وطلب من العدل بيعها، وقال الراهن المرهونة
غيرها، وقال المرتهن بل هي فصدق العدل الراهن وقال المراد اهي لغيرها فالقول
للمرتهن لانه القابض، وحلف العدل على العلم بالله ما يعلم انها تلك الجارية، لانه

يحلف على فعل الغير وهو تسليط الراهن اياه ببيعها فان نكل اجبر على بيعها واذا
باع سلم الثمن الى المرتهن وان حلفا اجبر الراهن على بيعها لانه وقع الناس عن بيع العدل
فيجبر الموكل كالورثات العدل وان ابى باع القاضي او امينه لانه امتنع عما هو
مستحق عليه وهو امر يجري فيه النيابة فناب القاضي منابه ليصل الحق الى المرتهن
وتكون العهدة على الراهن لانه تعذر الحاق العهدة على القاضي او امينه فتلحق على
من وقع العقد له وهو الراهن وقد مر نظيره فيما تقدم وكذا ان جاء المرتهن
بامة قيمتها خمسماية وقال كانت قيمتها حين قبضتها خمسماية وقال الراهن
لا بل رهنتك جارية كانت قيمتها الفا فالقول للمرتهن لما بينا ويبيعها العدل
اذا اقر او نكل ويصرف خمسماية الى المرتهن ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن
كما مر وان قال المرتهن كانت قيمتها الفا ولكن تغير سعرها الى خمسماية
فان كان تغير سعرها لامر معروف في تلك المدة فالقول للمرتهن لان الظاهر
شاهد له والا فالقول للراهن لانهما تصادقا على ان المرهونة كانت على ان المرهونة
غير هذه الصفة وكان الظاهر شاهدا للراهن ثم يرجع الى العدل فان صدق
العدل المرتهن فيما يدعي امر ببيعها ودفع الثمن الى المرتهن فان لم يكن بالثمن وفاء
بالدين لا يرجع المرتهن ببقية دينه على الراهن لان تصديق العدل صار صادقا في حق
نفسه لا في حق غيره وان نكل العدل لا يجبر على بيعها كما مر واذا كان الراهن
واحدا والمرتهن اثنين فقال احد المرتهنين انه رهنت انا وصاحبي هذا الثوب
منك بمائة درهم واقام البينة على ذلك وجحد المرتهن الاخر والثوب في ايديهما
والراهن يجحد الرهن قال ابو يوسف رحمه الله لا يقضي بالرهن لواحد منهما
ويرد الرهن على الراهن وقيل قول ابي حنيفة كقول ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله يقضي بالرهن للمدعي ويوضع على يديه ويد عدل فاذا قضى
الراهن نصيب المرتهن المدعي من الدين اخذ الرهن وان هلك الثوب عنده هلك
بنصيبه كان هذا المرتهن المدعي اثبت الرهن بالبينة في حقه وفي حق شريكه
ولم يثبت في حق شريكه لانكاره وانكاره صحيح في حقه لا في حق غيره وهو
المدعي فيثبت الرهن في حق المدعي ولهما انه لو صح في حقه في النصف لكان
مشاعا ولا يمكن تصحيحه في الكل لانه لا يدعي في الكل ولا يمكن تصحيحه
في حق صاحبه لانه لا ولاية له عليه فتعذر القضاء به رجلان ارتهنا ارضا بدين
لهما على رجل وقبضاها ثم قال احد المرتهنين الارض في ايدينا لحنه ولا دين
لنا عليه وانكر صاحبه قال ابو يوسف رحمه الله بطل الرهن وقال محمد
رحمه الله لا يبطل ويبرا من حصته وهي كالمسئلة الاولى مستامن رهن شيا
بدين عليه عند مسلم او ذمي فجاء ثم لحق بدار الحرب فظهرنا عليهم واسرناه

فالرهن

فالرهن يصير ملكا للمرتهن وبطل الدين عند ابي يوسف رحمه الله لانه فات محله
وهو الذمة القوية فالدين لا يجب في ذمة العبد الا شاغلا مالية رقبته وهو غير متملك
هنا لان السبي يقتضي صفاء ملك المالية للسابي وهو المرتهن في يده لان يده اقرب
اليه من يد الاخر فيصير هو متملكا له وقال محمد رحمه الله هو رهن بحاله يباع
في دينه وما بقي فهو لمن اسره لان سقوط الدين بفوات المحل ولم يفت لبقاء
الواجب فيها والراهن خلف في حكم الاستيفاء فيبقى الدين باعتباره كالمديون اذا
مات يبقى الدين باعتبار التركة لانها خلف عن الذمة في حكم الاستيفاء فاذا بقي الدين
بقي حكم الامانة في عين الرهن لحق المرتهن فيباع في دينه فاذا استوفى دينه يكون
الباقي لمن اسره لانه اقرب الناس اليه وعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان

كتاب الجنايات

الجنايات ما تجنيه من شر
اي تجرمه وتكسبه وهي في الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح
ويسوء وقد خص بما يحرم من الفعل القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد
وخطا وما اجري مجرى الخطاء والقتل بسبب والمراد به بيان انواع القتل بغير
حق فيما يتعلق به الاحكام اما العمد فما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح
في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب والحجر وليطة القصب والنار لان المراد بالعمد القصد
الى القتل وهو باطن لا يعرف الا بدليله ودليله استعمال الة قاتلة عادة فيعرف عند
ذلك كونه متعمدا وموجب القتل عمدا الماثم لقوله تعالى ومن يقتل مومنا
متعمدا الاية والسنة في هذا الباب اكثر من ان تحصى واظهر من ان تخفى واجتمعت
الامة عليه والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمراد به العمد لانه
اوجب في الخطا الدية فالدية بقي له ومن قتل مومنا خطا الاية ولانه قال عليه السلام
العمد قود اي موجبه القود فان نفس العمد لا يكون قودا ولان القصاص عقوبة محضة
والعقوبة المحضة لا تجب الا بجناية محضة وذا انما يكون في العمد لان فعل الخاطي
ليس بجناية محضة لان له جهة في الاباحة الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا اذ الحق
لهم ثم القود واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضى القاتل وللشافعي
رحمه الله قولان احدهما ان موجبه القصاص لان للولي ان يختار اخذ الدية
بغير رضى القاتل لان اخذ المال تعين سببا لدفع الهلاك فيجوز بدون رضاه
كمن اصابه مخمصة فبذل له انسان طعاما بثمن المثل لزمه الشراء لانه
ملك ما يحيي به نفسه بعوض يعدله وثانيهما ان موجب العمد القصاص او الدية
ويتعين ذلك باختيار الولي لان وجوب المال الاصل في القتل لجبر حق الولي لان
وجوب المال كقتل الانسان خطاء وقتل ساير الحيوانات مطلقا وهذا
لان اتلاف الحيوان يوجب القيمة لان الحيوان ليس من ذوات الامثال وقيمته

حالة

النفس الدية والدليل الخطأ فإن الإتلاف في الوجهين على نمط واحد. إذ الدية إنما تجب
بالإتلاف لا بصفة الخطأ فهي عنه مسقط. والمتلف بما في العمد ما هو المتلف
في الخطأ. إلا أن الشرع أوجب القصاص في العمد لمعنى الانتقام وتشفي الصدور
ولإبقاء الحيوة. بخلاف القياس على أنه إتلاف والإتلاف لا يجب بمقابلة الإتلاف
فشرعه لا سوى الضمان الأصلي بل كان كل واحد منهما عوضا عن النفس على الكمال
ولم يمكن الجمع بينهما خير صاحب الحق بينهما. ولنا قوله تعالى كتب عليكم
القصاص في القتلى فإيجاب المال زيادة عليه وقوله عليه السلام العمد قود. وحرف
التعريف للجنس لعدم المعهود. ففيه تنصيص على أن موجب جنس العمد
القود. فإيجاب المال مع القود زيادة عليه. ولأن الدية ليست بمثل المتلف
فلا تصلح موجبا له والقصاص مثل له فتعين موجبا له. وهذا لأنه لا مماثلة
بين الآدمي والمال لا صورة ولا معنى فالآدمي خلق ليحمل أمانة الله تعالى والاشتغال
بعبادته والمال خلق لإقامة مصالحه وهو مملوك للآدمي والآدمي مالكه فأنى
يتشابهان وإنما التماثل في القصاص. فالنفس بالنفس والقتل بالقتل وفيه مصلحة
الإحياء كما قال تعالى ولكم في القصاص حياة. فإنه حيوة بطريق الزجر. لأن
من قصد قتل عدوه إذا تفكر في عاقبة أمره أنه إذا قتل قتل به انزجر عن
قتله فكان حياة لهما أي إبقاء لهما على الحيوة. لأنه إذا قتل به تسلم حياة الأولياء
فإن القاتل يصير حربا على أولياء القتيل خوفا على نفسه منهم. فهو يقصد إفناءهم
لإزالة الخوف عن نفسه. فالشرع مكنهم من قتله قصاصا دفعا لشره عن
أنفسهم بإحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه. ولما كان فيه حياة من الوجه
الذي قلنا صلح جابرا. لأن القتل بالغائب حيوة والحاصل بالقصاص حيوة
مثل الأول. وإنما يجب ضمان الجبر بقدر الإمكان ولا إمكان في جبر الحيوة بأكثر
من هذا. فأما المال فليس فيه من معنى الحيوة شيء وإنما وجبت الدية في الخطأ
بخلاف القياس. لأن القتل أعظم العقوبات والخاطئ معذور. فتعذر
إيجاب المثل عليه ونفس المقتول محترمة لا تسقط حرمتها بعذر فتعذر إيجاب
المثل الخاطئ فوجب المال صيانة للدم عن الهدر منة على القاتل بأن سلمت نفسه
وللقتيل بأن لم يهدر دمه. وشرع المال عند عدم الإمكان ولا يتيقن بعد
قصد الولي بعد أخذ المال فربما تهيجه الضغينة وتحركه العداوة على ارتكاب
قتله وإن لم يكن له ذلك شرعا فلم يتعين مدفعا للهلاك. ولا كفارة في
العمد عندنا. وقال الشافعي رحمه الله تجب الكفارة لأنها شرعت كاسمها
ماحية للإثم والإثم في العمد أكثر فكان أدعى إلى إيجاب الكفارة. ولنا
أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة لما مر في اليمين الغموس فلا تجب إلا بسبب

داير

دائر بين الحظر والإباحة كالخطأ فإنه بالنظر إلى أصل الفعل مباح. وبالنظر
إلى المحل الذي أصابه محظور. وشبه العمد فإن المقصود به التأديب لا استعماله
آلة يقصد بها التأديب غالبا وبهذا يسمى خطأ العمد. ولما اتصف بالخطأ اتصف
بقدر من الإباحة والتأديب مباح والقتل العمد كبيرة كالزنا والسرقة
فلم يصح سببا لهذا مع رجحان معنى العبادة في الكفارة. ولأن الكفارة من
المقادير وقد شرعت لدفع الذنب وذنب العمد أعظم فشرعها لدفع الأدنى
لا يدل على شرعها لدفع الأعلى. ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام
لا ميراث للقاتل وأما شبه العمد فهو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح.
ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء عند أبي حنيفة رحمه الله. وقال
أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله هو أن يتعمد الضرب بما لا يقتل مثله
في الغالب كالعصى والسوط والحجر واليد. فلو ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة
فهو عمد عندهم خلافا له. ولو ضربه بسوط صغير ووالى في الضربات
حتى مات يقتص عند الشافعي رحمه الله خلافا لنا. وإنما أشبه العمد لأن
في هذا الفعل معنى العمدية باعتبار قصد الفاعل إلى الضرب ومعنى الخطأ باعتبار
عدم قصده إلى القتل. لأن الآلة التي استعملها ليست بآلة القتل. والعاقل إنما يقصد
إلى كل فعل بآلته فاستعماله غير آلة القتل دليل على أنه غير قاصد إلى القتل فكان
ذلك خطأ يشبه العمد. لهما أن معنى العمد ينفك باستعمال العصى الصغيرة ويستعمل
للتأديب دون القتل ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تثبت لأنها لا تستعمل إلا للقتل
فكانت كالسيف في الإفضاء إلى القتل فيجب القصاص. ثم الشافعي رحمه الله يقول
السوط بلا موالاة يقصد به التأديب. وأما الموالاة بالسوط إلى أن يموت فسبب
للموت على سبيل القصد. وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط
والعصا ولم يفصل بين الصغير والكبير فهو حجة عليهما عملا بالإطلاق
ولأن الشبهة في العمدية إنما يتعرف من جهة الآلة. وهذه الآلة لم توضع للقتل
فلا تستعمل فيه غالبا. وإنما الحديد موضوع للقتل وهو مستعمل فيه غالبا. لأن
حر أسلحة الملوك إنما تكون من الحديد. إذ الخشب موضوع للبناء والإحراق
ونحوهما من المنافع لا للقتل والحديد ينقض البنية ظاهرا أو باطنا. وما سواه
لا ينقض ظاهرا وقوام البنية بالظاهر والباطن فيثبت شبه عمد القصد نظرا إلى الآلة صل
وباعتبار الحال القصد ثابت فكان شبهة العمد وهذا أنه استقصاء في درء
الحد العقوبة. لأن الشرع جعل القصاص موجب العمد المطلق. فإذا تمكنت
الشبهة فيه لم يكن عمدا على الإطلاق فلا يجب القصاص الذي يسقط بالشبهات
والموالاة تستعمل للتأديب. وموجبه على القولين الإثم. لأنه قاصد إلى الضرب

والإثم لارتكاب ما هو محرم عليه شرعا والكفارة لأنه خطأ • لأنه نظر إلى الآلة فدخل تحت قوله ومن قتل مؤمنا خطأ الآية • وقال صاحب الإيضاح رحمه الله وجدت في كتب أصحابنا رحمهم الله أن لا كفارة في شبه العمد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإثم كامل بمنزلة وبأنه يمنع شرع الكفارة • والصحيح هو الأول فقد ذكر الطحاوي والجصاص وغيرهما رحمهما الله أن الكفارة واجبة عند أبي حنيفة رحمه الله • والكفارة تحرير رقبة مؤمنة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية • والإطعام غير مشروع فيه لأنه غير منصوص عليه • وإثبات الأبدال بالرأي لا يجوز • ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم • لأنه مسلم لتبعيته أحد الأبوين دينا والسلامة ثابتة في أطرافه ظاهرا وغالبا • ولا يجزيه ما في البطن لأنه عضو من وجه فلم يدخل تحت مطلق اسم الرقبة ولم تعرف حياته وسلامته • ودية مغلظة على العاقلة والأصل أن كل دية تجب بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد كما لو صالح على الدية فهو على العاقلة • لأن الأصل في وجوب الدية بالقتل حالة الخطأ والإيجاب في غير الخطأ المحض معتبر به • فنقول الشرع أوجب على العاقلة مع أن القياس يأبى ذلك تحقيقا لما يمكن من العذر في فعله • وقد تمكن العذر في شبه العمد من الوجه الذي ظهر الخلل في قصده على ما مر فأمكن النظر له فتجب العاقلة • وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه بحضرة الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين • واختلفوا في صفة التغليظ • فعند أبي حنيفة رحمه الله مائة من الإبل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة • وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها والخلفة الحامل • لهما قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها • ولأنه لا خلاف أن التغليظ واجب لشبهه بالعمد • ومعنى التغليظ أن يوجب فيه شيئا لا يوجبه في الخطأ • ولهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الدية بمائة من الإبل أرباعا • ومعلوم أنه لم يرد به الخطأ لأنها تجب في الخطأ أخماسا فعلم أن المراد شبه العمد • ولأنه لا خلاف أن الواجب مقدرة بمائة من الإبل فقد قال عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الإبل • فلو أوجبنا الخلفات لزدنا على المائة من وجه • لأن الحمل حيوان من وجه وله عرضية الانفصال فصار ذلك إيجاب الزيادة على ما قدره الشرع وهو باطل • وما رووا غير ثابت لأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في صفة التغليظ • فابن مسعود رضي الله عنه

يقول

يقول بالتغليظ أرباعا كما قلنا • وعلي رضي الله عنه يقول أثلاثا • ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة • وعثمن رضي الله عنه يقول أثلاثا من الأسنان من كل سن ثلاث وثلاثون • وعمر وزيد بن ثابت والمغيرة وأبو موسى الأشعري رضي الله عنهم يقولون كما قالا • ولم تجر المحاجة بينهم بما رووا فلو كان صحيحا لما اختلفوا مع هذا النص ولاحتج به بعضهم على بعض ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل لأن الشرع ورد به • فإن قضي بالدية في غير الإبل لم يتغلظ لما روينا • وحرمان الميراث لأنه حظر القتل مباشرة وقد وجد وتمكنت الشبهة في درء القصاص لا في حرمان الميراث • وقال مالك رحمه الله لا أدري ما شبه العمد • وإنما القتل نوعان عمد وخطأ إذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال فكذا في هذا الفعل • ولنا أن هذه تسمية ضرورية وقد ورد به السنة وأجمعت عليه الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين مع اختلافهم في صفة التغليظ كما بينا • وأما الخطأ فهو ما أصبت وقد تعمدت غيره وهو على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصا ظنه صيدا أو حربيا فإذا هو مسلم • وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضا فأصاب آدميا • والحاصل أن في الأول هو قاصد في وصول المرمي إلى المحل الذي أصابه ولكنه مخطئ باعتبار قصده لأنه قصد الصيد أو الحربي • وفي الثاني لم يقصد الرمي إلى ذلك المحل الذي أصاب وإنما قصد الرمي إلى محل آخر وهو الغرض فكان الثاني في كونه خطأ أقوى • لأنه إذا وقع في الفعل وقع في القصد أيضا • وأما ما أجري مجرى الخطأ فهو كالنائم ينقلب على رجل فيقتله فهذا ليس بعمد ولا خطأ • لأنه لا يتصور القصد من النائم حتى يتصور منه ترك القصد أو ترك التحرز ولكن لما انقلب الموجب لتلف ما انقلب عليه يتحقق من النائم فجرى مجرى الخطأ في جميع الأحكام • وموجبهما الكفارة كما مر في شبه العمد والدية على العاقلة في ثلاث سنين لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله وهي مائة من الإبل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون • وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة • لما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال دية الخطأ أخماس عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت لبون وعشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض • وبه قال الشافعي رحمه الله إلا أنه قال عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض وهو محجوج عليه بما روينا • أو ألف دينار • لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وعليه الإجماع • أو عشرة آلاف درهم • وقال مالك والشافعي رحمهما الله اثنا عشر ألفا • ولأنه لا خلاف أنها من الذهب ألف دينار • وكانت قيمة كل دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنا عشر درهما • ولنا

ما روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وما روي انه يحتمل انه قضى من دراهم كان وزن كل عشرة منها وزن ستة • فان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة • ويحتمل انه قضى بطريق القيمة من الابل قضى بالابل ثم قضى بقيمتها • ولان الاخبار اذا تعارضت فالاخذ بالمتيقن اولى ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة رحمه الله • وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة • ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء • لان عمر رضي الله عنه جعل الدية على اهل الابل مائة من الابل • وعلى اهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الشاء الفي شاة مسنة ثنية وعلى اهل البقر مائتي بقرة وعلى اهل الحلل مائتي حلة • وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية لا بشيء مجهول ومالية هذه الاشياء مجهولة ولهذا لا تقدر بهذه الاشياء في ضمان ما • فلا يصلح هنا ايضا وكان القياس في الابل هكذا الا ان الآثار فيه قد اشتهرت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركنا القياس بها في الابل خاصة • ويحتمل ان عمر رضي الله عنه انما قضى به بطريق الصلح بعد ما قضى بالدراهم او الدنانير • اذ الصلح من الدية على مال آخر جائز • فان قيل اليس انه ذكر في المعاقل لو صالح الولي من الدية على اكثر من الفي شاة او على اكثر من مائتي بقرة او على اكثر من مائتي حلة لا يجوز الصلح وهذا دليل على ان هذه الاصناف في الدية اصول مقدرة عندهما كما هي عندهما اذ لو كان بدلا لجاز كما لو صالح على بدل آخر • قلنا قد قيل انه قولهما للكل وان تبع الخلاف • وقيل هو قولهما • اما عند ابي حنيفة رحمه الله فينبغي ان يجوز • ولا اثم في نوعي الخطاء والمراد به اثم القتل • واما الفعل في نفسه فلا ينفك عن اثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت عند الرمي وشرع الكفارة ما كان الا باعتبار هذا المعنى • ومن حكم الخطا وما جرى مجراه حرمان الارث لتوهم ان يكون قاصدا استعجال الميراث واظهر من نفسه القصد الى محل آخر • وكذا ابتغى هم ان يكون متناوما ولم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الارث ولان حرمان الارث جزاء القتل مباشرة وقد وجد • واما القتل بسبب فمثل حفر البئر ووضع الحجر في غير ملكه • وموجبه اذا تلف به آدمي الدية على العاقلة لانه سبب للتلف فيعد نافضا كالموقع والدافع فوجبت الدية على عاقلته للحاجة الى صيانة النفس المتلفة عن الهدر • ولا يتعلق به الكفارة ولا حرمان الميراث عندنا • وقال الشافعي رحمه الله يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع جعله قاتلا بهذا الفعل فتتوفر عليه احكام القتل • ولنا انه ليس بمباشر للقتل باتصال فعل من القاتل بالمقتول ولم يوجد وانما اتصل فعله بالارض • وانما الحق التسبب

بالمباشرة

بالمباشرة في ايجاب الضمان صيانة للدم عن الهدر على خلاف الاصل فبقي في حق الكفارة وحرمان الميراث على الاصل • نعم هو يأثم بالحفر في ملك غيره ولكن لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذا لان الكفارة ذنب القتل وكذا الحرمان به • فان قيل الكفارة والدية يتعلقان بالقتل وهو قاتل في حق الدية فينبغي ان يكون قاتلا في حق الكفارة ايضا • قلنا الكفارة جزاء الفعل والفعل معدوم منه حقيقة • لان تصرفه لم يحصل في الجثة وانما وجد في محل الحفر والدية بدل المحل وضمان المحل يعتمد فوات المحل وقد وجد وان حصل بالتسبب • ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فما جعل شبه عمد في النفس فهو عمد فيما دون النفس • لان ما دون النفس لا يختص اتلافه بآلة دون آلة • وانما القتل يختص بحكم اتلاف النفس باختلاف الآلات فاما ما دون النفس فلا والله اعلم •

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا • اما اشتراط العمدية فلما مر • واما اشتراط حقن الدم على التأبيد ليخرج المستأمن لان فيه شبهة الاباحة فلا تتحقق المساواة • ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات • منها قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها الآية • وقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى • وقوله عليه السلام العمد قود • وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضي مقابلة جنس الاحرار بجنس الاحرار في حكم القصاص • فمن قال يقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار قصاصا • بل يكون بعضهم مقابلا بالعبد • ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين الحر والعبد • فالعبد مملوك والحر مالك والمالكية امارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولا مساواة بين القادر والعاجز ولان الحرية حياة والرق موت حكما • حتى نسب المعتق بالولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق حكما • ولهذا انقطع طرف الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس اولى • وانما يقتل العبد بالعبد لانهما يتساويان • وانما يقتل العبد بالحر لان التفاوت الى نقصان ولنا ما تلونا ورويناه ولا يعارض ما تلاه • لانه فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة • والمطلق لا يحمل على المقيد على انه ليس في مقابلة الحر بالحر نفي مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما يشمله العموم على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقي • الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى • وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت المقابلة بين بني النضير وبين بني قريظة • وكانت بنو النضير اشرف وكانوا يعدون بني قريظة على النصف منهم فتواضعوا على ان العبد من بني النضير يقابله الحر من بني قريظة والانثى منهم يقابله الذكر من بني قريظة فنزلت الآية

اي الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس في الاطلاق تابعة للنفس [illegible]

ردًّا عليهم وبيانا ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من القبيلتين جميعًا فكان اللام للتعريف لا لتعريف الجنس • ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد استويا فيها لاستوائهما في سبب ثبوتها وهو الدين او الدار • ولا يقال ان الرق اثر الكفر وهو مبيح فكانت شبهة الاباحة متحققة • لان جريان القصاص بين العبدين مشعر بانتفاء شبهة الاباحة • ويقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله • له قوله عليه السلام لا يقتل مسلم بكافر • ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية لقوله تعالى لا يستوي اصحاب النار واصحاب الجنة • ولان الكفر من اعظم النقايص • والكافر كالميت لقوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه • ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه • والقصاص ينبني من كل وجه على المساواة • واذا انتفت المساواة بينهما لا يجب القصاص • بخلاف الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل فعليه القصاص اتفاقا لوجود المساواة بينهما وقت الجناية • ولان الكفر مبيح للقتل لانه من اعظم الجنايات فكان مؤثرا في استدعاء القتل الذي هو من اعلى العقوبات واذا وجد ولم يبح عارض عقد الذمة اورث شبهة كالملك فانه مبيح للوطي واذا وجد في الاخت رضاعا ولم يبح صار شبهة في درء الحد • ولنا عمومات الكتاب والسنة • روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اقاد مسلما بذمي وقال انا احق من وفى بذمته • ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار او الى التكليف • لانه بهذا الوصف استحق البقاء لانه يجب ان يكون قادرا على اقامة ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا ان يكون محرم التعرض مدفوع اسباب الهلاك والكفر ليس بمبيح بنفسه بل بواسطة كونه باعثا على الحراب فاذا سقط الحراب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبيحا • ولهذا قلنا ان كفر المرأة لا يبيح القتل لانه غير باعث على الحراب لان بنيتها غير صالحة له • ويقتل الذمي بالذمي فعلم انه لا شبهة بسببه • لان الشبهة اذا تمكنت في المحل لا تختلف باختلاف المتناول • واما قوله عليه الصلوة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر فالمراد به الحربي المستامن بدليل قوله ولا ذو عهد في عهده • وهذا معطوف على المسلم اي ولا يقتل ذو عهد بكافر • وانما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربي • ولو كان المراد به الذمي لما صح لجريان القصاص بين الذميين • فان قيل جاز ان يراد بذي العهد المسلم • قلنا العطف يقتضي المغايرة • فان قيل هذا ابتدا اي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده • قلنا المراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف • ولا يقتل المسلم بالمستامن لانه غير محقون الدم على التابيد • ولان الباعث الكفر على الحراب موجود في حقه • لانه بصدد الرجوع وانما تركه الحراب لما رآه المصلحة فلم يكن قتله حراما محضا فلا ينتهض سببا لوجود القصاص • ولا يقتل الذمي بالمستامن لما ذكرنا

ويقتل المستامن بالمستامن قياسا للمساواة بينهما • ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح وهو الكفر الباعث على الحراب • ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن والمجنون وناقص الاطراف للعمومات • ولان العبرة للمساواة في العصمة لا فيما وراءها • لان ذا يؤدي الى سد القصاص وفيه ظهور التقاتل والتفاني فلا يقتل الرجل بابنه • وقال مالك رحمه الله ان قتل الاب ابنه ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال انه ضربه تاديبا فاتى على النفس من غير قصد • وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص • لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل • بل جناية الاب اغلظ لان فيه قطع الرحم • وهو كمن زنا بابنته فانه يلزمه الحد كما يلزمه اذا زنى بالاجنبية ولنا قوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده • ولان القصاص يستحقه ولي القتيل على سبيل الخلافة عنه • والابن ليس من اهل ان يستوجب ذلك على ابيه وبدون الاهلية لا يثبت الحكم • وهذا لان الاب كان سببا لوجوده فيستحيل ان يكتسب الابن سببا لفنايه • ولهذا لا يباح للابن ان يقتل اباه شرعا سواء كان مشركا او مرتدا او زانيا وهو محصن • والجد من قبل الرجال او النساء وان علا وهو بمنزلة الاب • وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب والام قربت ام بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لان الوالد ما كان سببا لايجاد والده • ولا يقتل الرجل بعبده او مدبره او مكاتبه او عبد ولده لانه لو وجب القصاص لوجب له كما لو قتله غيره ولا يجوز ان يجب له على نفسه قصاص وكذا الابن لا يستوجب على والده • وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى فاذا سقط في البعض سقط في الكل ومن ورث قصاصا على ابيه بقتل امه مثلا سقط لحرمة الابوة • ولا يستوفى القصاص الا بالسيف ونحوه • وقال الشافعي رحمه الله ان حصل بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله او لاط بصغير حتى قتله يقتل بالسيف • وان كان بطريق مشروع يفعل به مثل ذلك الفعل ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تحز رقبته • نحو ما اذا قطع يد انسان عمدا فمات فتقطع يد القاتل فان مات في تلك المدة والا تحز رقبته لان المعتبر في القصاص المساواة • ولهذا اسمي قصاصا ماخوذ من قول القايل [illegible] فتقاصا اي تساويا اصلا ووصفا • والمساواة فيما قلنا • ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف • والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم • وقال ابن مسعود رضي الله عنهم لا قود الا بالسلاح • وانما كنى بالسيف عن السلاح • ولانه قتل مستحق شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد • وهذا لانه انما يستوفى المستحق بالطريق الذي يتيقن انه طريق له وحز الرقبة يتيقن انه طريق استيفاء للقتل • واما قطع اليد فلا يكون طريقا الا بشرط السراية وهو موهوم • وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل الشرط • وقبل السراية هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا من

ان يكون مستحقا ثم هو اعتبار معادلة تتقطع ظلما انتهاء لانه اذا برأت فلا تخرج رقبته
والفعل الثاني زيادة على ما كان منه وهو جراح فيجب الحد منه كما في كسر العظم
عمدا فانه لا يجب القصاص اصلا الا في السن لتوهم الزيادة • ومن قطع يد عبد
غيره فاعتقه مولاه فمات فان كان لا وارث له غير المولى فللمولى ان يقتل قاتله
فان كان للعبد ورثة غير المولى فلا قصاص على القاتل • وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله • وقال محمد رحمه الله ليس عليه قصاص بحال • وعلى القاطع ارش اليد
وما نقصه الى ان اعتقه ويبطل الفضل • اما الوفاقية فلاشتباه حالة الجرح يكون
الحق للمولى لانه جنى على ملكه • وباعتبار السراية يكون للورثة لانه حر حينئذ فاشتبه
ولي القصاص فبطل استيفاؤه • واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لثبوت الملكين
في الحالين لا في حالة واحدة بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته اذا قتل •
لان مال كل واحد منهما ثابت من حين الجرح الى حين الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه
اما الخلافية فوجه قول محمد رحمه الله ان سبب استيفا القصاص هنا مختلف • لان
سببه الملك باعتبار اصل الفعل والولاء باعتبار السراية • واختلاف السبب فيما لا يثبت
مع الشبهات بمنزلة اختلاف المستحق • كمن قال لغيره بعتني هذه الامة بكذا
وقال المولى زوجتها منك لم يحل له وطيها وان اتفقا على ثبوت الحل • وهذا
لان الحكم يثبت بالسبب ولا يصح الحكم بالمجهول • ولان الاعتاق يقطع السراية
وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فينتفي القصاص • ولهما ان من له الحق
معلوم متعين باعتبار السبب والوجوب جميعا وهو المولى فيتمكن من استيفائه •
بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا عبرة باختلاف السبب هنا • لان
الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة • لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الاحكام
والحل يثبت مقصودا في النكاح وفي البيع تبعا والاعتاق لا يقطع السراية لذاته
بل لاشتباه من له الحق وفيما اذا كان القطع خطاء • لان المستحق حال ابتداء
الفعل المولى وحالة السراية العبد لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فحصل
الاشتباه • اما اذا كان عمدا فالاعتاق لا يقطع السراية لانه لا يتبدل المستحق
لان المستحق في الحالين هو العبد • لانه في حق استحقاق القصاص مبقى على اصل الحرية وانما
يستوفيه المولى بطريق الخلافة واذا لم يكن له وارث آخر لم يشتبه المستوفي ولم يتبدل
المستحق • لان المستحق في الحالين هو العبد لانه في حق استحقاق القصاص يبقى على اصل
الحرية وانما يستوفيه المولى بطريق الخلافة • فاذا لم يكن له وارث آخر لم يشتبه
المستوفي ولم يتبدل المستحق فيستوفي • واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد
رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت العتق • لانه حصل
على ملك المولى ويبطل الفضل • وعندهما الجواب في الفصل الثاني كالجواب عند محمد

رحمه الله

رحمه الله في الفصل الاول • وكذا لو قتل مكاتبا عمدا او ترك وفاء وليس له وارث الا
السيد فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله • وقال محمد رحمه الله
لا قصاص فيه لاشتباه سبب الاستيفاء فصار كاختلاف المستحق وهذا لان سببه
الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا • ولهما ان من له الاستيفاء معلوم لان
حق الاستيفاء للمولى على التقديرين ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم •
لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه • وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب
القصاص عندهم • لانه مات رقيقا بالاجماع لانفساخ الكتابة بموته عاجزا وانما قتل
وهو عبد له • وهذا الخلاف معتق البعض اذا مات لا عن وفاء فانه لا قصاص • فان
العتق في البعض لا ينفسخ بموته • ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص
وان اجتمعا لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال علي وابن مسعود •
رضي الله عنهما فالقصاص للوارث • وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت رضي الله عنه
فالقصاص للمولى • واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن
لان المرتهن ليس بمالك للرقبة فلا يستوفيه • ولو استوفاه الراهن لسقط حق المرتهن
في الدين لانه يصير هالكا بلا بدل • وليس له ان يتصرف تصرفا يسقط حق الغير
بلا بدل • فاذا اجتمعا كان للراهن ان يستوفي القصاص • لان المرتهن رضي
بسقوط حقه • وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله وغيرهما
انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا لما سبق • واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل
وان يصالح وليس له ان يعفو • اما القتل فلان القصاص شرع للتشفي ودرك الثار •
وذلك الى النفس وللاب ولاية على نفسه مثله كالانكاح • واما الصلح فلانه
انفع للمعتوه من الاستيفاء • فلما ملك الاستيفاء فلان يملك الصلح اولى • واما العفو
فلانه ابطال لحقه • وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا • وكذلك
الوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا القتل فانه ليس له ان يقتل لانه من باب الولاية
على النفس وليس له ولاية على نفسه • ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس
واستيفاء القصاص في الطرف فانه لم يستثن الا القتل • وذكر في كتاب الصلح
ان الوصي لا يملك الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف لان الصلح بمنزلة
الاستيفاء • ولما كان الاستيفاء تصرفا في النفس كان الاعتياض عنه ملحقا به • وجه
المذكور في الجامع الصغير ان استيفاء القصاص ليس باستيفاء للمال • بل المقصود
به درك الثار وذلك لا يحصل باستيفائه فيبطل لفوات المقصود • فاما المقصود
بالصلح فمنفعة المال وذلك حاصل بعقده كما يحصل بعقد الاب • فوجب القول
بصحته • ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فلان لا يملكه
الوصي اولى • والقياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس

لانه عقوبة مثل النفس والمقصود وهو التشفي متحد. والقياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس وفي الاستحسان يملكه لان الطرف ملحق بالمال لانه تبع للنفس ووقاية لها كالمال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا. والصحيح ان القاضي مثل الاب الا ترى ان من قتل عمدا ولا ولي له فللسلطان ان يقتل قاتله وان يصالح والقاضي بمنزلته فيه. ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل قبل بلوغ الصغار عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك قبل بلوغ الصغار. لان القصاص حق مشترك بين الصغار والكبار فكان للكبار بعض الحق والبعض لا يصلح للاستيفاء. لان القتل غير متجزي لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل الوصف بالتجزي وفي استيفاء الكل ابطال حق الصغار لانه لا ولاية للكبار على الصغار في استيفاء حقهم اذ الخلاف فيه فيؤخر الى بلوغهم. كما لو كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولبين. وله ان القصاص حق لا يتجزي لثبوته بسبب لا يتجزي وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير معدوم. والاصل ان ما لا يتجزي اذا وجد بسببه كاملا يثبت لكل واحد على الكمال كولاية الانكاح وولاية الامان. واذا كان كذلك انفرد كل واحد باستيفائه. بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب حال استيفاء القصاص قائم فلو استوفي لكان استيفاء مع الشبهة وذا لا يجوز. ومسئلة المولبين ممنوعة. ولئن سلم فالسبب يتجزي وهو الملك بخلاف القرابة. ولو اشتري عبدا فقتله رجل قبل قبض المشتري فالمشتري ان اجاز البيع فالقصاص له لانه المالك. وان نقض البيع فالقصاص للبايع لان البيع انفسخ وظهر ان البايع هو المالك وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله. وقال ابو يوسف رحمه الله ان اجاز المشتري فله القصاص لما بينا وان نقض فلا قصاص للبايع لان الملك لم يكن ثابتا للبايع عند الجناية فلم ينعقد السبب موجبا حكما له فلا يثبت له بمعنى من بعد ووجبت القيمة له على القاتل. وقال محمد رحمه الله تجب القيمة في الوجهين ولا يجب القصاص لاشتباه من له القصاص. ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فيضاف اليه. ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه الحديد فعليه القصاص وان اصابه العود فعليه الدية. اما اذا اصابه الحديد فلانه قتل بحده وجرحه فلا يشكل لانه بمنزلة السيف وكذا ان اصابه ظهر الحديد عندهما وهو رواية عن ابي يوسف حنيفة رحمه الله. وعنه ايضا انما يعتبر الجرح كذا ذكر الطحاوي رحمه الله. وجه ظاهر الرواية ان الحديد في كونه آلة للقتل منصوص عليه. قال عليه السلام القتل خطأ كله الا الحديد والسيف. والحكم في المنصوص عليه يتعلق بعين النص ولا يعتبر فيه المعنى حتى لو غرزه في مقتله بابرة يلزمه القصاص. فاما في غير المنصوص عليه فيتعلق بالمعنى فيعتبر كونه محددا كالمروة وليطة القصب ونحوهما وعلى

هذا

هذا اذا قتله بعمود حديد او بسنجات الميزان من الحديد. وجه رواية الطحاوي رحمه الله ان الحديد اذا لم يجرح لم يكن عاملا بمعناه الموضوع له وهو تفريق الاجزاء فصار كالحجر العظيم. واما اذا ضربه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح ولكنه ان كان عظيما لا يلبث فهو كالسيف عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله كالسوط الصغير وقد مرت. ولو خنق رجلا فمات او غرق صبيا او بالغا في الماء فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة رحمه الله. وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه القصاص. غير ان عندهما يستوفي حزا وعنده يغرق كما مر. وعلى هذا الخلاف اذا طرحه في بير او القاه من جبل او سطح. لهم انه قتل آدميا معصوما بغير حق فيجب القصاص كالقتل بالسيف. وهذا لان القصد من عمل القلب وهو باطن فيعرف بالسبب الظاهر وهو الالة القاتلة غالبا وقد وجد. وله ان وجوب القصاص يختص بقتل هو عمد محض وذا بان يباشر القتل بآلته وآلته هي الالة الجارحة. لان الجرح يعمل في نقض البنية ظاهرا وباطنا وغيره ينقضها باطنا لا ظاهرا وقوامها بالظاهر والباطن والقصاص يستوفى بالسيف لما حققناه. وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتماثلان. وشرعيته للزجر وذا فيما يغلب وهو القتل بالسلاح دون ما يندر وهو القتل بغيره. وقوله عليه السلام من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه لم يثبت مرفوعا وانما هو من كلام زياد او هو محمول على السياسة بدليل اضافته الى نفسه. واذا لم يجب القصاص عنده تجب الدية على العاقلة لما مر. واذا التقى صفان صف من المسلمين وصف من المشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قصاص عليه وعليه الكفارة لانه اخطا في القصد والخطا بنوعيه لا يوجب القصاص ويوجب الكفارة والدية بالنص. وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية حين اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة. وقالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين. فاما اذا كانوا في صف المشركين فلا يجب شي لانه اهدر دمه حيث وقف في صفهم وكثر سوادهم وقد قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم. ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد ونهشته حية فمات من ذلك كله فعلى الادمي ثلث الدية. لان فعل الاسد والحية جنس واحد لانه هدر في الدارين. وفعل الانسان في نفسه هدر في الدنيا معتبر في العقبى حتى ياثم بالاجماع. ولهذا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله فيمن قتل نفسه انه يغسل ويصلى عليه. وقال ابو يوسف رحمه الله يغسل ولا يصلى عليه. ولو كان فعله هدرا اصلا كنهش الحية ولم يكن جناية مع كونه مقتولا حقيقة لكان شهيدا ويسقط غسله. وفعل الاجنبي معتبر في الدارين فصار ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة افعال وكل واحد مخالف للاخر فتتوزع دية النفس اثلاثا. فيكون التالف بفعل الاجنبي ثلثها فيلزمه ثلث الدية. او صار كانه تلف ثلثاه لا بفعل احد وثلثه بفعل نفسه وثلثه بفعل الاجنبي فيغرم الاجنبي ثلث الدية ولكن في ماله لانه عمد والعواقل

لا تعتمل العمل. **فصل** ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه لقوله عليه السلام
من شهر سيفا فقد أطل دمه. ولأنه إذا شهر عليهم فقد جاء بهم فبطلت عصمته للحراب
كما بطلت عصمة دماء أهل البغي بالمحاربة ولأنه قصد قتل المسلمين فوجب عليهم
دفع قتله ولم يتمكنوا منه إلا بقتله فكان قتله مستحقا. وقوله فعليهم يشير إلى
الوجوب لأن دفع الضرر واجب. ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في
مصر أو غير مصر أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في غير مصر فقتله المشهور عليه
عمدا فلا شيء عليه لما بينا. وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل وهذا
الدفع واجب فلا يصلح سببا للضمان. والعصا الصغير وإن كان يلبث ولكن في الليل
لا يلحقه الغوث فيضطر إلى الدفع. وكذا في النهار في غير المصر لا يلحقه
الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا. وإن دخل رجل على رجل ليلا فأخرج السرقة
فاتبعه المسروق منه فقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك. ولأن
له أن يمنعه بالقتل ابتداء فله أن يسترده بالقتل انتهاء. ومعنى المسألة إذا لم يقدر
المسروق منه على أخذ المال إلا بالقتل فإن علم أنه لو صاح به يطرح المال لا يحل له قتله
وإن شهر عليه عصى نهارا في المصر فقتله المشهور عليه عمدا اقتل به عند أبي حنيفة
رحمه الله لأنه قتل نفسا معصومة عمدا بغير حق وهو غير مضطر إليه. لأن الغوث
يلحقه والقتل بالعصا يلبث. وعندهما لا قصاص عليه لأنه قتله دفعا مضطرا.
فصار كما لو قصد قتله بالسيف نهارا أو بالعصى ليلا. وفي المغازة ليلا أو نهارا فإن
شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال
الشافعي رحمه الله لا شيء عليه. وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة. وعن أبي يوسف
رحمه الله أنه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون. للشافعي رحمه الله أنه
تعين قتله طريقا لدفع الشر عن نفسه فتسقط عصمته. كما لو كان الشاهر مكلفا
ولأنه صار محمولا على قتل الشاهر بفعل الشاهر فصار كما لو أكره الشاهر المشهور عليه
على قتل الشاهر فإنه لا يجب بقتله شيء. ولأبي يوسف رحمه الله أن فعل الدابة غير
معتبر أصلا. حتى لو تحقق لا يجب الضمان لأن فعل العجماء جبار. أما فعلهما فمعتبر
في الجملة ولهذا لو حققناه يجب عليهما الضمان. وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة
لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا لعصمتهما دون فعل الدابة. ولنا أن فعل
الصبي والمجنون والدابة غير متصف بالحظر فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة وقضيته
قتل النفس المعصومة وجوب القصاص. إلا أنه امتنع القصاص لوجود المبيح وهو دفع
الشر فتجب الدية. ومن شهر على رجل سلاحا فضربه وانصرف ثم إن المضروب
ضرب الضارب ضربة وقتله فعلى القاتل القصاص. وهذا إذا ضربه الأول وكف
عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا. لأنه لما شهر حل دمه دفعا لشره. فلما لم يقتله
وكف عنه

وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته. فإذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير
دفع فلزمه القصاص والله أعلم

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص أي ذات قصاص وهو ينبئ عن المساواة. فكل ما أمكن
رعاية المماثلة فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا. وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر. ولا
معتبر بكبر اليد وصغرها لأن ذا لا يوجب التفاوت في منفعة اليد. وكذا الرجل
ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة في الكل. ومن ضرب عين رجل
فذهب ضوءها وهي باقية فعليه القصاص لأنه يمكن رعاية المماثلة. بأن تحمى له
المرآة ثم يقرب منها ويربط على عينه الأخرى وعلى وجهه قطن رطب ويقابل
عينه بالمرآة فيذهب ضوءها. فقد وقعت هذه الحادثة في زمن عثمان رضي الله عنه
فشاور الصحابة رضي الله عنهم في ذلك فلم يجد عندهم شيئا حتى قضى علي رضي الله عنه
بالقصاص وهو طريق الاستيفاء بهذه الصفة فاتفقوا على قوله. ولو قلعها لا قصاص
عليه لأنه لا يمكن رعاية المماثلة في القلع. وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن
بالسن وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر. لأن منفعة السن لا تتفاوت وت
بالصغر والكبر. وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا. ولا قصاص
في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما
أنه عليه السلام قال لا قصاص في العظم والمراد غير السن لما تلونا. ولأن القصاص
مبني على المساواة وقد تعذرت اعتبارها في غير السن لاحتمال الزيادة والنقصان.
وبين الأطباء كلام أنه عظم أو طرف عصب يابس. فمنهم من ينكر
كون السن عظما فعلى هذا لا حاجة بينه وبين سائر العظام لتعذر اعتبار
المساواة. بخلاف السن لأنه يمكن أن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه. وكذا
إن قلع السن فإنه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة منه فربما تفسد به
لهاته ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن. وليس فيما دون النفس شبه عمد
إنما هو عمد أو خطاء. وشبه العمد فيما دون النفس عمد إن أمكن القصاص فيه
يجب وإلا يجب الأرش وقد مر. ولا قصاص بين الرجل والمرأة دون النفس ولا بين
الحر والعبد خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد.
له أن الأطراف تابعة للأنفس وشرع القصاص فيهما من حيث الإلحاق بالأنفس
ففي كل موضع جرى القصاص في النفس يجري في الطرف. ولنا أن الأطراف
تسلك مسلك الأموال لأنها وقاية الأنفس كالأموال ولا مماثلة بينهما للتفاوت
في القيمة بتقويم الشرع فامتنع استيفاء القصاص. بخلاف التفاوت في البطش
لأنه ليس له حد معلوم فاعتبر فيه أصل السلامة وسقط اعتبار التفاوت فيه.

وبخلاف القصاص في النفس فإن التفاوت في الآدمية لا يمنع القصاص لأنه يتعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيه. ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لتعذر اعتبار المساواة. فالأول لكسر العظم وليس له ضابط فإنه لا ينكسر من الموضع الذي يراد به كسره. وبدون اعتبار المساواة لا يجب القصاص والبرء نادر في الثاني فيفضي القصاص فيه إلى الهلاك غالبا. ولا قصاص في لسان ولا ذكر وعن أبي يوسف رحمه الله أنهما إذا قطعا من أصلهما يجب القصاص لإمكان رعاية المماثلة فيهما. إلا أن يقطع الحشفة لأن موضع القطع معلوم فكان كالمفصل. فلو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص لأنه لا يعلم مقدار البعض بخلاف الأذن إذا قطع كله أو بعضه فإنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن رعاية المماثلة فيه والشفة إن استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان رعاية المماثلة بخلاف ما لو قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة. ويجب القصاص في الأطراف بين المسلم والكافر للتساوي في الأرش. وإذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع فالمقطوع بالخيار إن شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وإن شاء أخذ الأرش كاملا. لأن استيفاء الحق بكماله متعذر فله أن يتجوز بدون حقه. وله أن يعدل إلى الدية كمن أتلف مثلي إنسان فانقطع من أيدي الناس بعد الإتلاف ولم يبق منه إلا ناقص الصفة فإنه يتخير بين أخذه ناقصا وبين أن يعدل إلى القيمة كذا هنا. ثم إذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما لو رضي بالرديء مكان الجيد. وقال الشافعي رحمه الله يضمنه النقصان لأنه قدر على استيفاء البعض دون البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه. ولنا أنه رضي باستيفاء الحق ناقصا والعائب كالوصف والوصف منفردا عن الأصل غير مضمون فسقط حقه في الوصف. ولو ذهبت المعيبة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلما بطل حق المجني عليه عندنا. لأن حقه متعين في القصاص لما مر أن موجب العمد القود عينا وله أن يعدل إلى المال لتعذر استيفاء الوصف ولكن الحق في القصاص قبل العدول. فإذا فات المحل بطل الحق. بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قود أو سرقة فإنه يجب عليه أرش اليد المقطوعة. وقال الشافعي رحمه الله يجب الأرش في الموضعين لأن عنده المال ضمان أصلي في العمد وإنما يجب المال حالة الخطأ. فكل موضع يشبه الخطأ يلحق به في إيجاب المال وإلا فلا. وإنما وجب المال في الخطأ لأنه تعذر استيفاء القصاص لمعنى في العامل على سلامة المحل له فإذا قطعت يده بحق فقد أوفى به عن الطرف حقا مستحقا عليه فصار سالما له فشابه الخطأ. وإن وقع ظلما فلم يوف حقا مستحقا عليه فصار هالكا لا سالما وفوات محل القصاص يسقط القصاص. ومن شج رجلا واستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء

اقتص

اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وإن شاء أخذ الأرش. لأن الشجة إنما صارت موجبة لكونها مشينة لا باعتبار تفويت المنفعة كما في الأطراف فإنه لا يعتبر الصغر والكبر ثم لوجود المساواة في المنفعة ولا مساواة بينهما من حيث الشين لأن الشين في الأول أكثر فيتخير كما في الشلاء والصحيحة. وفي عكسه يتخير أيضا لتعذر الاستيفاء كملا لأنه يتعدى إلى غير حقه. وكذا لو كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى قفا الشاج فهو بالخيار لما بينا.

فصل وإذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال وجب المال حالا وسقط القود. والأصل قوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية. قال ابن عباس رضي الله عنهما نزلت الآية في الصلح. وقوله عليه السلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا قبلوا الدية. والمراد والله أعلم الأخذ برضى القاتل وهو الصلح بعينه. ولأنه حق ثابت للورثة يقبل الإسقاط عفوا فيجري فيه التعويض لما فيه من إحسان الولي وإحياء القاتل. والقليل من المال والكثير سواء. لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والإعتاق على مال. فإن لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال. لأن الحلول هو الأصل في المال الواجب بالعقد كالمهر فإنه حال في الأصل وكالثمن. بخلاف الدية لأنها لم تجب بالعقد. وإن قتل حر وعبد رجلا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان لأنه مقابل بالقصاص والقصاص عليهما سواء. فإن صالح أحد الشركاء من نصيبه على عوض أو عفا سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية. فلو قتله غير العافي جاهلا بعفو الشريك فعليه الدية عندنا. وقال زفر رحمه الله عليه القصاص لأنه قتله عمدا بغير حق. ولنا أنه إذا لم يعلم بالعفو كان القود واجبا في حقه ظاهرا فيصير شبهة في درء ما يسقط بالشبهات والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية. وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا يرث الزوجان من الدية شيئا لأن وجوبها بعد الموت بطريق الخلافة فيثبت دون الزوجية لأنها تنقطع بالموت. ولنا أنه عليه السلام ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم. ولأن الدية من التركة حتى يقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه فيرث منه جميع ورثته كسائر أمواله. وكذا يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا خلافا لابن أبي ليلى رحمه الله له أن المقصود من القصاص درك الثار وذا يختص بالأقارب. ولنا قوله عليه السلام من ترك مالا فلورثته والقصاص حقه ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى أن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى حكما بعد الموت في حق الإرث. وإذا ثبت للكل فكل منهم متمكن من استيفائه

واسقاطه صلحا او عفوا. ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين
فيه لانه كما لا يتجزى وجوبا لا يتجزى سقوطا. وهذا بخلاف ما لو قتل رجلين
وعفى احد الوليين لان الواجب ثم قصاصان بلا شبهة لاختلاف القتل والمقتول. وهنا
القصاص واحد لاتحاد القتل والمقتول. واذا سقط القصاص انقلب نصيب الباقين
مالا لانه تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل وهو ثبوت العصمة للقاتل بعفو البعض عن
القصاص فيجب المال كما في الخطا فان العجز عن القصاص ثم لمعنى من القاتل وهو كونه
خاطيا ولا يجب للعافي في شي من المال لاسقاطه حقه بفعله ورضاه. واذا كان بين
رجلين فعفى احدهما فللاخر نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين. وقال زفر
رحمه الله يجب في سنتين لانه وجب للاخر نصف الدية ونصف الدية يكون موجلا
في سنتين كما لو قطع يد انسان خطا. ولنا ان حقه في بدل النفس وبدل النفس
يوجل في ثلاث سنين. بخلاف بدل الطرف فانه في سنتين وانما يجب في ماله لانه عمد
واذا قتل جماعة واحدا عمدا يقتل الجماعة بالواحد لاجماع الصحابة رضي الله عنهم
وروي ان سبعة قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه. وقال لو تمالا عليه
اهل صنعاء لقتلتهم. ولان القتل بطريق التغالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل
كل واحد منهم كالمنفرد بهذا الفعل فيجب القصاص تحقيقا لمعنى الاحياء. وان
قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل لهم جميعا على سبيل الكفاية ولا شي لهم
من المال. وان حضر واحد قتل له وسقط حق البقية. وقال الشافعي رحمه الله ان
قتلهم على التعاقب يقتل بالاول منهم ويقضى بالديات بعد الاول في تركته. وان قتلهم
معا يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت قرعته وبالدية للباقين. وفي قول
قتل بهم وقسمت الديات بينهم. له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في
حقه قتل واحد ولا مماثلة بينهما. والقياس في الفصل الاول كذلك وانما تركناه
بالاجماع. ولنا ان الجماعة اذا قتلوا واحدا اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال
ولولا هذا لما وجب القصاص. فكذا اذا وقع القتل وجعل كل واحد منهم مستوفيا
حقه على الكمال. ومن عليه القصاص اذا مات او قتل سقط القصاص لفوات محل
الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني. وفيه خلاف الشافعي رحمه الله. لان الواجب
احدهما عنده. واذا مات احدهما تعين الاخر كمن قال لامراتيه احديكما
طالق فماتت احديهما. واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما
وعليهما نصف الدية. وقال الشافعي رحمه الله تقطع يداهما. والغرض اذا اخذا
سكينا من جانب واحد وامراه على يده حتى انقطعت. اما لو وضع احدهما السكين
من جانب والاخر من جانب وامراه حتى التقا السكينان لا يجب القصاص عنده.
هو يعتبر الطرف بالنفس فالجماعة اذا قتلوا واحدا وجب القصاص على كل واحد.

كان

كان كل واحد منفرد به سدا لباب العدوان. والاطراف ملحقة بالنفوس.
ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان ما يقطع بقوة احدهما لم يقطع بقوة
الاخر. ولا يجوز ان يقطع كل يد لقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل. والقياس في
النفس هكذا. وانما تركناه بالاثر والاجماع وهذا ليس في معناها حتى يلحق بها لان
الفعل في النفس لا يوصف بالتجزي لانه تصرف في الروح لا يتصور اثرها في بعضه
دون البعض فاضيف الى كل واحد كملا ضرورة عدم التجزي. اما الفعل في الطرف
فيوصف بالتجزي. الا ترى انه يتحقق ان يقطع بعض اليد ويترك ما بقي فيجعل
كل واحد منهما قاطعا للبعض وعليهما نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما
قطعاها. واذا قطع رجل يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يمينه وياخذا منه
نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب. وقال الشافعي
رحمه الله ان قطعهما على التعاقب يقطع بالاول ويغرم الارش للثاني لان يده صارت
مستحقة قصاصا للاول. فاذا قطع الثاني ويده مستحقة لم يستحقها الثاني كمن
رهن شيا من انسان وسلمه اليه ثم رهنه من اخر لم يصح الثاني. وان قطعهما معا
يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت قرعته والارش للاخر لان اليد الواحدة لا
تفي بالحقين فرجحنا بخروج القرعة. ولنا ان المساواة في سبب الاستحقاق
توجب المساواة في الاستحقاق كالغريمين في التركة. وهذا لان حق كل واحد
منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع المحسوس.
وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني. لان حقه في يده
يظهر في حق القطع لا في عينه فصار المحل خاليا عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف
الرهن لانه لثبوت يد الاستيفاء حكما. فاذا ثبت للاول استحال ثبوته للثاني كما
في الاستيفاء الحقيقي فصار كما لو قطع العبد يمينيهما على التعاقب فانه يستحق
رقبته لهما. وان حضر احدهما دون صاحبه فقطع يده فللاخر عليه نصف الدية
لان للحاضر ان يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب. فلا يوخر الاستيفاء
المعلوم لمكان الموهوم كاحد الشفيعين اذا حضر والاخر غايب فانه يقضى له
بكل المبيع وللاخر دية يده اذا حضر لانه اوفى حقا مستحقا عليه. ولو قضي بالقصاص
بينهما ثم عفى احدهما قبل استيفاء الدية فللاخر القود عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله. وعند محمد رحمه الله له الارش لان القاضي اذا قضى بالقصاص والارش
بينهما فقد اثبت الشركة بينهما. فعاد حق كل واحد الى البعض فاذا عفى احدهما
لم يتمكن الاخر من استيفاء الكل. ولهما ان الامضاء من القضاء في العقوبات
ولو عفى احدهما قبل القضاء لهما فللاخر القصاص لزوال المزاحم كذا هنا. ولو
قطع احدهما يد القاطع من المرفق فلهما دية لانه فات محل القطع بالظلم لانه

لم يضع السكين موضعاً فلم يقع استيفاء كما لو قطعه اجنبي فصار كما لو سقطت
بآكلة وإذا سقط حقه في القصاص بقي في الدية والقاطع الأول بالخيار إن شاء قطع
ذراع القاطع وإن شاء ضمنه دية اليد وحكومة العدل في الذراع إلى المرفق. وإذا أقر عبد
بقتل العمد لزمه القود. وقال زفر رحمه الله لا يصح إقراره لأنه يؤدي إلى إبطال حق المولى فلا يصح
منه كالإقرار بالمال. ولنا أن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الحدود والقصاص
ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى ضمني فلا يبالى به. وأما
إقراره بالمال لأنه متهم فيه ولا تهمة هنا لأنه يقتل به. ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ
السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته لأن الأول
عمد فيجب فيه القصاص والثاني خطأ في الفعل كأنه رمى غرضاً فأصاب آدمياً
إذ هو رمية وإن كان شيئاً واحداً لأن المحلين مختلفان فنزل الفعل الواحد منزلة فعلين
مختلفين لتعدد الأثر فينفرد كل واحد بحكمه **فصل** ومن قطع يده فقتله
أحدهما سواء كانا عمدين أو خطأين أو مختلفين تخلل برء أو لا. وإن تخلل بينهما
برء فيعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لأن موجب الأول قد تقرر
بالبرء فلا يدخل أحدهما في الآخر حتى لو كانا عمدين فللولي القطع والقتل وإن
كانا خطأين تجب دية ونصف دية. وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ
فإن كان القطع خطأ والقتل عمداً تجب في اليد نصف الدية وفي النفس القود. وإن
لم يتخلل بينهما برء فإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ يعتبر كل على حدة فيجب
في الخطأ الدية وفي العمد القود. وإن كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقاً
فتجب دية واحدة. وإن كانا عمدين فعند أبي يوسف ومحمد يقتل ولا يقطع
وعند أبي حنيفة رحمه الله للولي الخيار إن شاء قطع وقتل وإن شاء قتل. ولا يعتبر
اتحاد النفس وتعدده وهو الظاهر. لهما أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن
لأن القتل وقع بضربات غالباً واعتبار كل ضربة يؤدي إلى الحرج. إلا أن لا يمكن
الجمع بأن يختلف حكم الفعل أو يتخلل البرء لأنه قاطع للسراية وقد أمكن الجمع بينهما
هنا لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فصار كما لو كانا خطأين. وهذا لأن القتل
بعد القطع قبل البرء لتتميم الأول فصار كسراية الأول. وله أن الجمع بينهما متعذر
إما لأن حز الرقبة يمنع سراية القطع حتى لو صدرا من شخصين يقاد الحاز فصار كتخلل البرء
والاختلاف بين الفعلين إذ الطرف يسلك به مسلك الأموال بخلاف النفس والقصاص
يعتمد المساواة في الفعل لأنه جزاء الفعل وذا بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع
لتثبت المماثلة صورة ومعنى إذ في القتل بدون القطع اعتبار المماثلة معنى لا صورة.
بخلاف الخطأ لأن موجبه الدية وهو بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد
بدليل أن عشرة لو قتلوا رجلاً خطأ يجب عليهم دية رجل واحد وإن تعدد الفعل دية واحدة

لاتحاد

لاتحاد المحل. ولو قتلوا رجلاً عمداً اقتلوا جميعاً لأن القصاص جزاء الفعل فيتعدد
بتعدد الفعل وإن اتحد المحل. ولأن أرش اليد لو وجب إنما يجب عند البرء لأنه وقت
استحكام أثر الفعل ولا سبيل إليه لأن بالحز يجب دية النفس فيجتمع ضمان الكل
والجزء في حالة واحدة وهما لا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصاً فيجتمعان. وبخلاف
ما إذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل. ومن ضرب رجلاً مائة ضربة
فبرأ من تسعين ومات من عشرة فعليه دية واحدة وليس عليه بضرب تسعين
شيء لأن الضربات تلتحق بالعدم عند اتصال البرء بها فكأنه لم يضربه إلا عشرة فمات
منها. وظاهر الجواب في كل جراحة اندملت ولم يبق فيها أثر أن لا شيء فيها. وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب فيه حكومة العدل. وعن محمد رحمه الله أنه أوجب فيه
أجرة الطبيب وثمن الأدوية. ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً للأول. قالوا هذا محمول
على ما إذا برأ من تسعين ولم يبق لها أثر أصلاً. فإن بقي ما به سوط وجرحته وبرأ منها
وبقي به أثر تجب حكومة العدل لبقاء الأثر. ومن قطع يد رجل عمداً فعفى المقطوع عن
القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله. وإن عفى عن القطع وما يحدث منه
أو عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ولا شيء على القاتل. ثم إن كان خطأ
فهو من الثلث. فإن كان عمداً فهو من كل المال. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا إذا عفى عن القطع فهو عفو عن النفس أيضاً. وعلى هذا الخلاف إذا عفى عن الشجة
ثم سرى إلى النفس ومات. لهما أن العفو متى أضيف إلى القطع ونحوه فإنما يراد به موجبه
التسبب لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه أحد الشيئين ضمان الطرف إن اقتصر
وضمان النفس إن سرى فوجب أن يتناول أيهما وجد كما في الجناية السارية والمقتصرة
ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر بدليل أن من أمر إنساناً بقطع يده فقطع
وسرى إلى النفس لا يجب عليه شيء فكان العفو عن القطع عفواً عن نوعيه. وله أن
هذا عفو عن غير حقه فيبطل كما لو قال لا قطع لي قبل فلان فإنه لا يوجب البراءة
عن النفس وهذا لأن موجب القطع ما شرع في ضمان الطرف فأما الواجب في النفس
فليس بموجب القطع بل هو موجب للقتل وبالسراية تبين أن حقه موجب النفس
دون موجب الطرف فظهر أنه عفى عن غير حقه فيبطل عفوه. إذ العفو إسقاط
الحق فيبطل إذا صادف ما ليس بحقه. ويجب القصاص قياساً لأنه قتل نفساً معصومة
عمداً. إلا أنه تجب الدية استحساناً في ماله لوجود إضافة العفو إلى حقه من حيث الظاهر
والساري قتل من الابتداء لا قطع. والقتل ليس بموجب القطع فلا يتناوله العفو
عن القطع. بخلاف العفو عن الجناية لأنها اسم جنس فتطلق على الكل. وبخلاف العفو
عن الشجة وما يحدث منها لكونه صريحاً في العفو عن السراية والقتل. وإن كان
القطع خطأ فهو كالعمد في هذه الوجوه وفاقاً وخلافاً غير أنه إن كان خطأ فهو

من الثلث لأن موجبه المال وقد تعلق حق الورثة به فيعتبر من الثلث. وإن كان
عمدا فهو من كل المال لأن موجبه القود وحق الورثة لم يتعلق به لأنه ليس بمال
وصار كما لو أعار أرضه في مرض موته واشتغل بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك
من كل المال. وإذا قطعت المرأة يد رجل عمدا أو خطأ فتزوجها على يده ثم مات منها فلها
مهر مثلها ثم إن كان القطع عمدا فالدية في مالها وإن كان خطأ فالدية على عاقلتها
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما
يحدث فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه. ثم القطع إذا كان عمدا
يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال في حال الثبوت ففي حال السقوط
أولى فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها. لأن التزوج وإن تضمن العفو
ولكن عن القصاص في الطرف. فإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب
الدية وإنما تجب في مالها لأنه عمد. والعواقل لا تعقل العمد. والقياس أن يجب القصاص
على ما مر. وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية وقعت المقاصة إن استويا. وإن فضلت
الدية ترده على الورثة وإن فضل المهر ترد الورثة عليها. وإن كان القطع خطأ يكون
هذا تزوجا على أرش اليد. وإذا سرى إلى النفس ظهر أنه لا أرش لليد فإن المسمى معدوم فيجب
مهر المثل كما لو تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا تقع المقاصة لأن المهر لها والدية
على العاقلة. ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك فإن كان
القطع عمدا فلها مهر مثلها. لأن هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا
فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليه. لأنه إذا جعل القصاص
مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا. كما لو أسقط القصاص بشرط
أن يصير مالا فإنه لا يسقط أصلا. وإن كان القتل خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها
ولهم ثلث ما ترك وصية. لأن التزوج على اليد تزوج على موجبها وموجبها الدية فهي
تصلح مهرا غير أنه يعتبر بقدر مهر المثل من كل المال لأنه مريض مرض الموت والتزوج
من الحوائج الأصلية. وما زاد على مهر المثل يكون وصية للعاقلة. ويكون الواجب لها مقدار
مهر المثل من الدية. فإن كان مهر مثلها والدية سواء فالعاقلة لا يغرمون شيئا من ذلك
لها. لأنهم إنما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها وإن كان مهر مثلها أقل من الدية
يرفع عن العاقلة مهر المثل. وما زاد على ذلك إن كان يخرج من الثلث يرفع عنهم أيضا لأنه
وصية للعاقلة وهم أجانب فيصح وإن كان لا يخرج من الثلث سقط ثلثه ويردون الفضل.
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن
العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فكان جوابهما متفقا في الفصلين. ومن قطعت
به فاقتص لاول قتل به لأنه لما مات ظهر أن حقه كان في النفس. إذ المعتبر في الجنايات
مآلها وقد استوفى البعض فلا يبطل بذلك حقه ولا يصير شبهة كمن له القود إذا استوفى

وصية

لو قطعت يده

طرف

طرف من عليه فإنه لا يسقط حقه في قصاص النفس. ولا يجب شيء بقطع اليد لأنه كان
له نفسه وطرفه من نفسه. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يسقط حقه في القصاص
لأن الإقدام على القطع إبراء عما وراءه. قلنا الاستيفاء يبقى حقا له على اعتبار السراية
فلم يصر إبراء بل صار استيفاء لبعض حقه وإنما يكون إبراء عما وراءه أن لو كان الموجب
معلوما. وفي وقت القطع زعم أنه حقه في الطرف وقد قضي له بالقصاص أو لم يقض
فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا لا شيء عليه لأنه قطع يدا من
نفس لو أتلفها لم يضمن. فيجب أن لا يضمن اليد كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم
ثم سرى وهذا لأنه استحق إتلاف نفسه بكل الجناية إذ الحق في النفس يستتبع الحق
في الأجزاء فيبطل الحق عفوه عما بقي لا عما استوفى. ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه
بالعفو حقه
ضمان اليد. وكذا إذا عفي ثم سرى لم يضمن شيئا والقطع الساري أفحش من المقتصر
أو قطع وما عفي وما سرى. أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده. وصار كما لو كان
له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفي عن اليد فإنه لا يضمن أرش الأصابع والأصابع
للكف كالأطراف للنفس. وله أنه استوفى غير حقه فيضمن كما لو عفي قبله
وهذا لأن حقه في القتل لا في القطع. وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه يسقط
للشبهة إذ كان له أن يتلف الطرف تبعا. وإذا سقط القود وجب الدية وإنما لم يضمن
في الحال لاحتمال أن يصير قتلا بالسراية فظهر أنه استوفى حقه وحقه في النفس يثبت
ضرورة تجبر حق القتيل. وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله. فإذا اتصل به الاستيفاء
ظهر حقه في الأطراف تبعا فإذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا أصلا ولا تبعا.
فتبين أنه استوفى غير حقه. فأما إذا لم يعف فإنما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس
لاستحالة أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه. فإذا زال المانع بالعفو ظهر حكم
السبب. فإذا سرى فهو استيفاء لحقه فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء. ولو
قطع وما عفي وبرأ فهو على الخلاف في الصحيح. ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء
فهذا استيفاء. لأن القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما
لما انعقد له القطع فلا يضمن. حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح
على أنا نسلم الظهور عند الاستيفاء في التوابع. والأصابع تابعة لها قياما والكف
تابعا لها عرضا. لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع. بخلاف الطرف لأنه تبع
للنفس من كل وجه. ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات
ضمن دية النفس عند أبي حنيفة رحمه الله. وعندهما لا يضمن وهو قول الشافعي
رحمه الله لأنه استوفى حقه وهو القطع فسقط حكم سرايته إذ الاحتراز عن السراية
خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة لئلا ينسد باب القصاص. وصار كالإمام
إذا قطع يد السارق وسرى إلى النفس ومات وكالبزاغ والحجام والفصاد والختان وكما

لو قال لآخر اقطع يدي فقطعها وسرى إلى النفس ومات • وهذا لأن السراية تبع لابتداء
الجناية فلم يجز أن يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها مضمونة • وله أنه حقه في القطع
والموجود قتل حتى لو وقع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن إلا أنه سقط
القصاص للشبهة فوجبت الدية • بخلاف ما ذكر من المسائل لأنه يجب على الإمام
بتقلده وعلى غيره بالعقد وإقامة الواجب لا يتقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الحربي
كي لا يكون تكليف ما ليس في الوسع • وفي مسألتنا هو مخير بين الاستيفاء والعفو • بل
العفو مندوب فيتقيد استيفاؤه بشرط السلامة كالرمي إلى الصيد • والله أعلم

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام
الحاضر البينة على القتل قبلت البينة ولم يعد • ولكن حبس القاتل اتفاقا • فإذا قدم الأخ
الغائب كلف أن يعيد البينة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد • وإن كان
القتل خطأ أو كان دينا لأبيهما على آخر لم يعدها بالإجماع • وأجمعوا أن القاتل
يحبس لأنه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس • وأجمعوا أنه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغا[ئب]
لأن المقصود من القضاء الاستيفاء • والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالإجماع
لهما أن البينة متى أقامها من هو خصم لم تجب إعادتها بعد ذلك وأحد الورثة ينتصب
خصما عن نفسه وعن شركائه فيما يدعي للميت وعليه • كما في دعوى الخطأ ودعوى
المال والقصاص موروث عن الميت حتى تجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه قبل
الموت • فلو انقلب مالا يقضى ديونه منه وتنفذ وصاياه كالدية • فإذا لم يكلف
إعادة البينة في أحد بدلي الدم لم يكلف في الآخر أيضا • وله أن القصاص غير موروث
لأنه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت ليس من أهله • وإنما يثبت للورثة
ابتداء بطريق الخلافة لما أنه يملك الفعل في المحل ولا يتصور الفعل منه • ولهذا
صح عفو الوارث قبل موت المجروح • وإنما صح عفو المجروح لأن السبب انعقد
له بخلاف الدين والدية لأنه أهل للملك في الأموال ولهذا لو نصب شبكة وتعقل
بها صيد بعد موته فإنه يملكه • وإذا كان القصاص يثبت للوارث عنده
ابتداء لا ينتصب أحدهما خصما عن الآخر في إثبات حقه بغير وكالة منه •
فالبينة التي أقامها الحاضر لا يثبت القصاص في حق الغائب فيعيد البينة بعد حضوره
ليتمكن من استيفائه • ولا يلزم أن القصاص إذا صار مالا صار موروثا لأنه إنما
لم يورث لعدم الفائدة لأنه لا يصلح لقضاء حوائج الميت • فإذا صار مالا صار صالحا
لقضاء حوائجه فصار مفيدا • فإن أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفى قبلت بينته
وسقط القود لأنه ادعى حقا وهو سقوط حقه في القصاص وانقلابه مالا • ولا يتمكن
من إثباته إلا بإثبات العفو عن الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في الإثبات
عليه بالبينة فإذا قضي عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له • وكذلك عبد

بين رجلين

بين رجلين قتل عمدا وأحدهما غائب فهو على هذا • لأن القود هنا واحد مشترك بينهما
والقاتل يدعي بطلان حق الحاضر في القود وانتقاله إلى المال فصار خصما له فصار الغائب
مقضيا عليه • فإن كان الأولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على صاحبهما أنه قد عفى
فشهادتهما باطلة لأنهما يجران مغنما إلى أنفسهما بشهادتهما وهو تمكنهما من استيفاء
نصيبهما من الدية وهو عفو منهما • لأنهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر
في حقهما • فإن صدقهما القاتل ولم يصدقهما المشهود عليه فعليه كل الدية وتكون
بينهم أثلاثا • لأنه متى صدقهما فقد أقر لهما بثلثي الدية إلا أنه يدعي بطلان حق المشهود
عليه وهو ينكر فلا يصدق وتحول نصيبه مالا • وإن كذبهما القاتل والمشهود عليه
فلا شيء للشاهدين • لأنهما متى شهدا بالعفو فقد أقرا ببطلان حقهما في القصاص
فصح إقرارهما وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يصدق إلا ببينة وللمشهود عليه ثلث
الدية • لأن شهادتهما بالعفو بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه • لأن سقوط
القود أضيف إليهما • وإن صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية وهو نصيب
المشهود عليه أنه قد عفى ولا شيء له على القاتل • ولهما على القاتل ثلثا الدية وما في يده وهو
ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف إليهما وهذا استحسان • والقياس أن لا
يلزمه شيء • لأنهما ادعيا المال على القاتل والقاتل ينكر ولم يثبت • وما أقر به القاتل للمشهود
عليه قد بطل بتكذيبه • وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين
قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما لأن شهادتهما
بالعفو كابتداء العفو منهما • والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب إلى
غيره وفي مثله لا يرتد الإقرار كمن قال لفلان علي مائة فقال المقر له ليس لي ولكنها
لفلان فإن المال للمقر له الثاني كذا هنا • ولو شهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعليه القود إذا كان عمدا • لأن الثابت بالبينة كالثابت بالعيان وفي ذلك القصاص
لما مر • والشهادة على العمد تتحقق بهذا الطريق • لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف
إذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات • وتأويله إذا شهدا أنه ضربه بشيء جارح
لما عرف • وإذا اختلف شاهدا القتل في الأيام بأن شهد أحدهما أن القتل كان في يوم
الخميس وشهد الآخر أنه كان يوم الجمعة أو في البلدان بأن شهد أحدهما أن القتل
في بلد كذا وشهد الآخر أنه كان في بلد آخر أو فيما به القتل أي اختلفا في الآلة
فهو باطل • لأن القتل مما لا يتكرر • والقتل في زمان أو مكان آخر وكان كل واحد
منهما شاهدا على قتل على حدة فلا يثبت أحدهما • وكذا القتل بالعصا غير القتل بالسلاح
لأن الثاني عمد والأول شبه عمد وأحكامهما مختلفة كما مر فكان على كل قتل شهادة
فرد فلا يقبل • وكذا لو شهد أحدهما أنه قتله بعصا وشهد الآخر أنه قتله ولا أدري
بأي شيء قتله فهو باطل • لأن الذي شهد بالعصا شهد بشبه العمد والآخر شهد بمطلق

القتل والمطلق يغاير المقيد لأنه يحتمل أن يكون عمدًا ويحتمل أن يكون شبه عمد
ويحتمل أن يكون خطأ فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط وإن
شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانًا والقياس أن
لا تقبل هذه الشهادة لأنهما شهدا بقتل مجهول لأنه إذا جهلت الآلة فقد جهل الفعل
لأن القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة ولأن هذا غفلة من الشاهدين وجه
الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا أوجب العمل بالمطلق
في باب التكفير فيجب أقل موجبه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة
بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه في العقوبات فيحمل أمرهما على هذا إحسانًا
للظن بهما وذلك شائع وإن كان كذبًا لأن الشرع أطلق الكذب في إصلاح
ذات البين قال عليه السلام ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال خيرًا
أو نمى خيرًا وهذا أحق من ذلك فلا يثبت الاختلاف في الآلة بالشك وتجب الدية
في ماله لأن مطلق الفعل عمد في الأصل فلا يثبت الخطأ بالشك وإذا أقر رجلان
كل واحد منهما أنه قتل فلانًا وقال الولي قتلتماه جميعًا فله أن يقتلهما
لأن كل واحد منهما أقر بانفراده بكل القتل وبأن عليه القصاص والمقر له صدق
في وجوب القتل عليه أيضًا ولكنه كذبه في انفراده بالقتل وتكذيب المقر له
المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره في الباقي لأن ذلك يوجب تفسيقه وفسق
المقر لا يمنع صحة الإقرار ولو شهد شاهدان بأن فلانًا قتله وشهد آخران
على آخر أنه قتله وقال الولي قتلتماه جميعًا بطل كله لأن تكذيب المشهود له الشاهد
في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلًا لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد
يوجب رد شهادته ألا ترى أن رجلًا لو أقر لرجل بألف درهم فصدقه
المقر له في النصف وكذبه في النصف فإن الإقرار صحيح فيما صدقه وإن كان
في الشهادة تبطل الشهادة كلها ولو شهدا على رجل بقتله خطأ وحكم بالدية
فجاء المشهود بقتله حيًا فللعاقلة أن يضمنوا الولي لأنه قبض الدية بغير حق أو الشهود
لأنه تلف بشهادتهم ثم يرجعون على الولي لأنهم ملكوا المضمون وهو ما في يد
الولي كالغاصب مع غاصب الغاصب والعمد كالخطأ إلا في الرجوع أي إذا
كان عمدًا فقتل به ثم جاء حيًا تخير الورثة بين تضمين الدية أو الشهود فإن
ضمنوا الشهود لم يرجعوا على الولي عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم أوجبوا هنا
للولي ما ليس بمال وهو القصاص فلا يستقيم أن يرجعوا بمال لأنه لا مماثلة بين المال
وغير المال وعندهما يرجعون على الولي كما في الخطأ ولو شهدا على إقرار القاتل
بالخطأ أو العمد ثم جاء حيًا لم يضمنا لأنه لم يظهر كذبهما وضمن الولي وكذا
لو شهدا على شهادة شاهدين في الخطأ وقضي بالدية على العاقلة ثم جاء المشهود بقتله

حيًا

حيًا فالضمان عليهما لأنه لم يظهر كذبهما في شهادتهما لأن المشهود به شهادة الأصول
على القتل لا نفس القتل وبمجيء المشهود بقتله حيًا لا يظهر عدم الشهادة إشهاد الأصول الفروع
ولكن يرد الولي الدية على العاقلة لأنه ظهر أنه أخذها منهم بغير حق فمن قتل وله
ابنان أقام الأكبر على الأصغر أنه قتل الأب وأقام الأصغر على الأجنبي أنه قتله
قضي للأكبر على الأصغر بنصف الدية وللأصغر بنصف الدية على الأجنبي لأن
القتل من كل واحد منهما على الانفراد في شخص واحد لا يتكرر فاشتبه القاتل
والقود لا يجب مع الشبهة والمستحق دية واحدة فيقضى لكل واحد بالنصف
بالدية صيانة للدم عن الهدر إذ المال يجب مع الشبهة والمستحق دية واحدة
فيقضى لكل واحد بالنصف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقضى
ببينة الأكبر لأن بينته أكثر إثباتًا لأنها تثبت القصاص أو الدية
والحرمان أيضًا وبينة الأصغر لا تثبت الحرمان فيقضى عليه بالدية إن كان
خطأ وبالقصاص إن كان عمدًا ولو أقام كل على أخيه قضي لكل واحد
على صاحبه بنصف الدية وإن له نصفها ولو كانوا ثلاثة فأقام الأكبر بينة
على الأوسط والأوسط على الأصغر والأصغر على الأكبر أو على أجنبي يقضى
لكل واحد بثلث الدية والإرث عنه وإن أقام الأكبر عليهما وهما عليه له عليهما
نصف ونصف لهما عليه ونصف إرثه له ونصف لهما ولو أقام الأوسط على الأصغر
والأصغر عليه وصدق الأكبر الأوسط ضمن الأصغر نصفها للأكبر وربعها
للأوسط على الأصغر وللأوسط الربع ثم يجمع مال الأكبر والأوسط فيقسم
بينهما وهذا لأن الأكبر لما صدق الأوسط صارت بينة الأوسط كبينته
لأن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين وصار الأكبر بهذه البينة مثبتًا لنفسه
على الأصغر نصف الدية ولم يعارضه أحد فيه فيقضى بنصف الدية للأكبر
على الأصغر وبقي نصف الدية واستوى فيه الآخران فيقضى بينهما نصفان وإن
كذبه يقضى لكل بربع الدية على صاحبه لأن كل واحد منهما أثبت كل الدية
نصفها لنفسه ونصفها للأكبر والأكبر أسقط حق نفسه بإنكاره القتل أصلًا بقي
النصف الذي هو حقهما فيقضى لكل واحد منهما بنصفه على صاحبه وهو الربع والمال
بينهم أثلاث ولو صدقهما لا شيء له من الدية لأن فيه تكذيبهما لأن كل
واحد منهما يدعي القتل على صاحبه وكونه مقتولًا من جهة أحدهما يمنع كونه
مقتولًا من جهة الآخر فهو بتصديقه الأوسط يصير مكذبًا للأصغر وبتصديقه
الأصغر يصير مكذبًا للأوسط وكأنه لم يدع القتل عليهما ويقضى للأوسط
على الأصغر بربع الدية وللأصغر على الأوسط بربع الدية لما بينا ونصف الإرث
له لأنه يدعي الكل وكل واحد يقر له بالنصف ولو ترك ابنًا وأخًا وادعى كل

على صاحبه لغت بينة الأخ وقضي عليه لأن الابن هو الخصم ظاهرا لا الأخ. ولو ترك ابنين وأقام كل واحد على صاحبه البينة وصدق الأخ أحدهما لم يلتفت إليه لأنه أقر أن أحدهما وارث ولا حق له. ولما لم يكن وارثا صار تصديقه كتصديق الأجنبي. ولو كان البنون ثلاثة وأقام اثنان على الثالث والثالث على أجنبي يقضى لهما على الثالث بثلثي الدية وله على الأجنبي بثلثها.

باب في اعتبار حالة القتل

الأصل أن العبرة لوقت الرمي في حق الضمان والحل لأن الضمان إنما يجب بالجناية وإنما يصير الشخص جانيا بفعل يدخل تحت اختياره وهو الرمي دون الإصابة. ومن رمى مسلما فارتد المرمي إليه ثم وقع به السهم فمات فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا لا شيء على الرامي لأن التلف حصل في محل لا عصمة له وإتلاف غير المعصوم هدر كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات. وله أن الرامي إنما يصير قاتلا بالرمي لأنه إنما يصير قاتلا بفعله وفعله الرمي لا غير. والمرمي إليه وقت الرمي متقوم. ألا ترى أنه لو رمى إلى صيد وهو مسلم ثم ارتد فأصابه السهم وهو مرتد فجرح الصيد ومات حل أكله ولكن لم يجب القصاص لاعتبار حالة التلف لأنه لا يصير شبهة في سقوط العقوبة فتجب الدية. ولو رمى إلى مرتد فأسلم ثم وقع السهم عليه فلا شيء على الرامي عندهم. وكذا إذا رمى حربيا فأسلم لأن الرمي لم ينعقد موجبا للضمان لأن المرمي غير متقوم فلا يجب به الضمان وإن صار متقوما بعده. وإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم أصابه السهم فمات منه فعلى الرامي قيمته للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي لأن تنجز السهم عليه أوجب إشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به. ولو جرحه ثم أعتقه مولاه انقطعت سراية جنايته ولم يضمن ديته ولا قيمته ولكن يضمن نقصانه لانتقاص قيمته بالإضافة إلى ما قبل الرمي وكذا هنا. وقال زفر عليه الدية لأن الرمي إنما صار علة عند الإصابة. إذ الإتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به وقد تلف به الحر. ولهما أن الرامي يصير قاتلا من وقت الرمي فجاز ووقت الرمي المرمي قن فلزمه قيمته للمولى. بخلاف ما لو قطع يد عبد إنسان خطأ ثم أعتقه مولاه ثم مات لا يجب عليه قيمة النفس ولا ديته وإنما يجب أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى أن عتق لأن الجرح أو القطع إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير الانتهاء مخالفا للابتداء فصار ذلك كتبدل المحل. وعند تبدل المحل لا يتحقق السراية كذا هنا. أما المرمي قبل الإصابة فليس بإتلاف لشيء منه إذ لا أثر له في المحل وإنما تقل الرغبات فيه فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للمولى. رجل

قضى عليه

قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم أصابه الحجر فلا شيء على الرامي لأنه حين رمى كان المرمي مباح القتل. ولو رمى إلى صيد ثم ارتد حل الصيد. وإن رمى المجوسي صيدا ثم أسلم ثم أصابه السهم لم يؤكل لأن المعتبر حالة الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وعدمها عنده. ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فأصابه السهم فعليه الجزاء. وإن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الجزاء إنما يجب بالجناية ورميه في حال الإحرام جناية على إحرامه فلزمه الجزاء فلا يعتبر بالحلال ورميه قبل الإحرام ليس بجناية ولا صنع له في الإصابة فلا يلزمه شيء وإن أصابه بعد الإحرام.

باب المتفرقات

الأصل أن استيفاء الطرف يتحرى حتى يجمع القصاص مع الدية بخلاف النفس. رجل قطع يد إنسان عمدا ويد القاطع صحيحة فقطع المقطوع يده أصبع قاطعه ثم قطع قاطعه يدا صحيحة لآخر خير الثاني بين أن يقطع يده مع صاحبه وبين أن يشتركا في دية كاملة لأن يد القاطع معيبة فيتخير. فإن قطع المقطوع يده أخرى أصبعا من أصابع القاطع بطل خياره لرضاه بالنقصان فإن قطع لهما ضمن الأول نصف دية يد ألفان وخمسمائة وللثاني ثلاثة أثمان الدية ألف وثمانمائة وخمسة وسبعون لأن حق الأول في خمسة أصابع وقد استوفى أصبعا أولا وأصبعا ونصفا مع صاحبه فبقي حقه في نصف الدية. وحق الثاني في أربع أصابع لأن للقاطع يوم القطع أربعة أصابع وقد استوفى أصبعا مرة ربع حقه. وأصبعا ونصفا مع صاحبه وهو ربع ونصف بقي حقه في أصبع ونصف وهو ربع ونصف وهو ثلاثة الأثمان. ولو قطع القاطع الأول يد ثالث أيضا وقطع الثالث منه أصبعا وقطعوه غرم للأول ثلاثة أخماس دية يد وثلث خمسه لأن حقه في خمسة أصابع وقد استوفى بنفسه أصبعا ومع صاحبه أصبعين وكان مستوفيا ثلثي أصبع فبقي حقه في ثلاثة أخماس وثلث خمس وغرم للثاني نصفا وثلث ربع لأن حقه في أربعة وتفرد بالربع استيفاء واستوفى مع صاحبه أصبعين فيكون مستوفيا ثلثي أصبع فيكون ربعا وثلثي ربع فيرجع بنصف الدية وثلث ربع وغرم للثالث ثلثا وثلث ثلث لأن حقه في ثلثه وقد استوفى ثلثا بنفسه وثلثي ثلث مع صاحبه بقي حقه في ثلث وثلث ثلث. وإذا فقأ عين رجل وعين الفاقئ بيضاء خير بين القصاص وبين أخذ نصف الدية. وإن لم يتخير شيئا حتى ذهبت العين البيضاء بطل حق المفقوءة عينه الأول لأن حقه في القصاص إلا أن له العدول إلى المال بعيبه لحقه فإذا فات المحل بطل أصلا كما لو وجد بالمبيع عيبا فلم يرده حتى مات. وكذا لو قطع يمين رجل ويده شلاء أو نزع سن رجل وسنه سوداء. وكذا بعد اختياره الأرش بنفسه. ولو كان بعضا أو بعضها تغيره المال ولم يبطل لفوات المحل ولو ذهب البياض والشلل قبل اختياره تعين القود لزوال الموجب للتخيير. وبعد التخيير

الأرش بقضاء أو رضى لم يبق الأرش لانتقال الحق إلى المال. قلع ثنية رجل وثنية القاطع سوداء
فلم تخر شيئاً حتى سقطت ونبتت مكانها أخرى فلا قصاص له؛ لأن حقه في الأولى والثانية
غير الأولى ولا أرش له؛ لأن حقه بطل بهلاك المحل. وكذا لو لم يكن للقاطع ثنية حين
قلع ثم نبتت فلا قصاص له؛ لأنه لم ينعقد موجباً للقصاص لعدم المحل وله الأرش؛ لأن
جنايته انعقدت موجبة للأرش وحين وجدت. وإن سرق ويده اليسرى
شلاء فتبرأت قبل أن يرجع إلى الحاكم ثم وقع قطع اليمين؛ لأن القطع واجب لقيام
محله، إلا أنه لا يستوفى في تفاديا عن الإتلاف. ألا ترى أنه لو رأى قطعه له ذلك
فإذا زال احتمال التلف نقطعه كما لو كان الحر والبرد شديداً ثم زال. قطع يميني
رجلين فقطع أحدهما إبهامه وأجنبي أصابعه الأربع وقطع الآخر كفه
فعلى قاطع اليدين دية واحدة خمسة آلاف درهم لقاطع الإبهام أربعة أخماسها
أربعة آلاف، ولقاطع الخمس ألف درهم. وعلى الأجنبي القاطع لليدين أربعة
آلاف درهم؛ لأن حقهما في قطع يد وأرش يد. والأول استوفى خمس حقه وبقي حقه
في أربعة الأخماس. والثاني استوفى أربعة الأخماس حقه؛ لأن الكف أصل في الاستيفاء
والأصابع بمنزلة الوصف في حق الاستيفاء فجعل كأنه استوفى أصل حقه وفات
الوصف غير أنه بأصبع وقاحقا عليه فلا يظهر في حق الثاني. ولأن الفائت
بقطع الأجنبي قائم حكما، ويغرم الأجنبي لقاطع اليدين أربعة آلاف؛ فسلم
له لا بمقابلة بدل، وملك القصاص ملك ضروري يظهر في حق القصاص لا الاستيفاء
لا في ملك البدل كملك النكاح. ولو قطعا كفه فللثاني ثلاثة أخماس الدية وللأول
خمسان؛ لأن الأول استوفى خمس حقه مرة وأصبعين مع صاحبه فبقي حقه في خمس
الدية. والثاني استوفى في أصبعين فبقي حقه ثلاثة أخماس. ولو قطع أجنبي أولاً
أصبعا ثم الأجنبي أصبعا ثم الآخر كفه مع الأصبعين غرم القاطع خمسة آلاف
ربعها لقاطع الكف وثلاثة أرباعها لقاطع الأصبع؛ لأنه لما بدأ الأجنبي فات الأصبع
عليهما وبقي حقهما في أربعة. فالأول بقطع الأصبع استوفى ربع حقه فبقي حقه في ثلاثة
أرباع وما فات بقطع الأجنبي قائم حكما فيصير الباقي مستوفى فيما ثلاثة أرباع حقه
وغرم الأجنبي دية الأصبعين. ولو قطعا الكف فلقاطع الأصبع ثلاثة أثمان الأرش وللآخر
خمسة أثمانه؛ لأن قاطع الأصبع تفرد باستيفاء ربع حقه فإذا قطعا الكف صار مستوفيين
ثلاثة الأرباع كل واحد منهما استوفى ربعا ونصفا. فصار الأول مستوفيا
ربعين ونصفا وذلك خمسة الأثمان. والذي لم يقطع الأصبع استوفى ربعا ونصف
ربع وذلك ثلاثة أثمان وبقي حقه في خمسة الأثمان. الأصل أن الجنايات
إذا لم يتخلل بينهما برء كانت جناية واحدة؛ لأن الأولى باقية بأثرها وأمكن جعل الثانية
متممة للأولى. وإن تخلل بينهما برء يعتبر كل جناية على حدة. رجل قطع من رجل

أصبع

المفصل

المفصل الأعلى ثم قطع المفصل الثاني قبل تخلل البرء يجب القصاص في المفصلين كأنه
قطعهما دفعة واحدة. وإن قطع المفصل الثاني بعد البرء يجب على القاطع القصاص بقطع
المفصل الأعلى والأرش في المفصل الثاني لوجود المساواة وقت قطع المفصل الأعلى وعدم
المساواة وقت قطع الثاني؛ لأنه حين قطع الثاني كان أصبع القاطع كاملا والأصبع
المقطوع ناقصا بمفصل فيجب الأرش. ولو قطع نصف المفصل فبرأ ثم قطع الثاني
من المفصل وبرأ فلا قصاص وضمن أرشه. أما في النصف الأول فلأنه كسر العظم
وأما في النصف الثاني فلعدم المساواة. ولو قطع الباقي قبل تخلل البرء يجب القصاص
في المفصل كأنه قطع المفصل دفعة واحدة. ولو قطع المفصل الأعلى عمدا ثم نصف
الذي يليه قبل البرء ضمن أرشهما وبعد البرء عليه القصاص في المفصل الأعلى. وإن قطع
المفصل الأعلى وبرأ فمات بسبب آخر فقطع المفصل الثاني من أصبع وارثه وليس
لوارثه مفصل أعلى فعليه القصاص في المفصل الأعلى للمورث والأرش لوارثه في المفصل
الثاني لما بينا. ولو قطع الأصابع أو بعضها ثم قطع الكف من المفصل أو قطع الحشفة
ثم الذكر قبل البرء يتحد وبعده يتعدد. حتى لو قطع الأصابع عمدا فبرأ ثم قطع
الكف يجب القصاص في الأصابع وفي الكف حكومة عدل. ولو قطع الأصابع خطأ
فبرأت ثم قطع الكف خطأ ففي الأصابع دية اليد وفي الكف حكومة عدل
ولو لم يتخلل بينهما برء تجب دية كاملة. وإن تخلل بينهما برء تجب في الحشفة دية
كاملة وفي الباقي حكومة عدل. شجه عشرين موضحة إن لم يتخلل البرء تجب دية
كاملة في ثلاث سنين؛ لأن الكل اعتبر جناية واحدة. والجناية الواحدة
متى أوجبت كمال الدية تجب في ثلاث سنين. وإن تخلل البرء تجب كمال الدية
في سنة واحدة؛ لأنه اعتبر كل موضحة جناية على حدة وموجب كل جناية أرشها
في سنة واحدة فصار كأنه شج رجلا عشرين موضحة. إن لم يتخلل البرء تجب دية كاملة
في ثلاث سنين؛ لأن الكل اعتبر جناية واحدة والجناية الواحدة متى أوجبت
كمال الدية تجب في ثلاث سنين. وإن تخلل البرء تجب كمال الدية في سنة
واحدة؛ لأنه اعتبر كل موضحة جناية على حدة وموجب كل جناية أرشها على حدة
في سنة واحدة فصار كأنه شج عشرين رجلا. موضحة خطأ فجعل الموضحة
منقلة بعد البرء عليه في الموضحة القصاص وفي المنقلة الحكومة عدل. وإن لم يتخلل
البرء تجب أرش المنقلة وهو عشر الدية؛ لأن الثاني جعل تتميما للأول فكأنه جعلها
منقلة ابتداء. وإن قطع المفصل الأعلى من سبابة اليد اليمنى من رجل ثم قطع من
رجل آخر المفصلين من سبابة اليمنى ثم من الثالث سبابة اليمنى كلها فكذلك
عمدا واجتمعوا يقتص للأول لوجود المساواة. ويخير الثاني بعده بين أن
يقطع المفصل الثاني بعده ولا شيء له غيره وبين أن يأخذ أرش المفصلين؛ لأنه

لأنه قدر على استيفاء حقه ناقصًا فيخير. وإذا قطع المفصل الثاني يخير الثالث فإن شاء
قطع السبابة ولا شيء له، وإن شاء أخذ كمال أرش الإصبع لما بينا. فإن حضر الثاني
أولًا يقتص له، وللأول الأرش، وللثالث الخيار. عليه قود في يمينه فقطعت يمينه لقود
أو سرقة أو حد بأن قطع وأخذ المال ولم يقتل ضمن أرش اليد لمن له القصاص في يمينه.
وإن قطعت يمينه ظلمًا عمدًا أو خطأ على مال فصار به فقطعت يده. أو قتل رجلًا
فدفع إلى وليه ليقتله فقطع يده وعفى عن النفس أو أنه تعدى فقطعت يده بإذن الإمام و
بغير إذنه ثم أسلم أو زنى وهو محصن فأمر الإمام برجمه فقطع رجل يده. أو قطع
الطريق وقتل ولم يأخذ مالًا أو قتل وأخذ المال وأمر الإمام بقتله لا غير فقطع
يمينه رجل لم يضمن أرش طرفه لمن له القصاص في طرفه. وإن أمر بقطعها قصاصًا ضمن
أرشها والأصل فيه ما مر أن من عليه القصاص في الطرف متى فات طرفه من غير
أن قضى به حقًا مستحقًا عليه ضمن الأرش لأنه جعل كأنه قائم حكمًا وتعذر
استيفاؤه. قطع يميني رجلين فإن تعذر فقتل بها لهما دية واحدة بينهما. ولو قطعت
يده لأحدهما ثم قتل بالردة كان للثاني دية يد واحدة قتل في ردته أو لا. لأن
في الأول لم ينقص في اليد حقًا فبطل حقهما في إحدى اليدين لفواتهما وبقي حقهما في
دية واحدة. وفي الثاني قضي بطرفه حق أحدهما فبقيت الدية للآخر. ولو سرق
قبل الردة فقطع في الردة لكل واحد منهما دية يد كاملة لما بينا. ادعى على رجلين
قتل وليه عمدًا فصدقه أحدهما وقال الآخر خطأ. أو ادعى الخطأ فصدقه
أحدهما وقال الآخر عمدًا ضمنا الدية. والأصل أن تعذر استيفاء القصاص إذا
كان ممن له القصاص سقط القصاص وإن كان من جهة القاتل تجب الدية لأن الأصل
فيه القتل خطأ والخطأ معنى من القاتل ودعوى العمد لا ينافي وجوب المال إذ
القصاص قد ينقلب مالًا. أما دعوى المال فينفي وجوب القصاص لأن المال لا ينقلب
قصاصًا. ولو ادعى الخطأ فأقر بالعمد أو أقر أحدهما بالعمد وجحد الآخر لم يقض بشيء.
ولو ادعى العمد عليهما فأقر أحدهما وجحد الآخر القتل قتل المقر لأنه أقر على نفسه
بالقصاص والولي يدعي ذلك وشركة الآخر لم تثبت لإنكاره والعدم لا يورث
شبهة. ولو أقر أحدهما بالعمد والآخر بالخطاء وأنكر الولي شركة الخاطي
قتل العامد لأن شركة الآخر لم تثبت لتكذيب الولي. وإن قال أحدهما
أنا قطعت يد فلان وزيد قطع رجله ومات من ذلك وجحد زيد والولي شركته
فللولي أن يقتله لما مر. ولو قال الولي أنت قطعت يده عمدًا ولم أدر من قطع
رجله لا يقتل لأن الولي أقر بشركة الغير فلما اتهم فيحتمل أن يكون الشريك ممن
ليس بأهل لوجوب القصاص عليه كالأب والصبي والمجنون لا يجب القصاص عنده
خلافًا للشافعي رحمه الله إلا أن يتذكر قبل القضاء بالسقوط وبعده وهو ممن يجب عليه

القصاص

القصاص. ولأن المرء قد ينسى شيئًا ثم يتذكر فلا يجعل مناقضًا. ولو ادعى على رجلين أنهما
قتلا مورثه عمدًا فأقر أحدهما بقتله وحده عمدًا وشهد شاهدان على الآخر أنه قتله
عمدًا أو خطأ بطلت الشهادة وقتل المقر. وإن كان القتل خطأ فعلى المقر نصف
الدية ولا شيء على المشهود عليه لما سبق أن تكذيب الشاهد في بعض ما شهد به تفسيق له
والفسق يمنع الشهادة دون الإقرار. ادعى أنه شج وليه موضحة ومات بها فشهدا
بالموضحة وبالبرء أو شهد أحدهما بالسراية والآخر بالبرء يقبل على الموضحة لاتفاق
الكل فيها، وقيل هذا أقوى لهما. والأصل أن القصاص ليس بمال فلا يدخل تحت الوصية
إلا إذا انقلب مالًا وإذا صار مالًا فإنما تثبت الشركة إذا اتحد السبب أما إذا اختلف
السبب فلا. إذا ثبت هذا فنقول رجل مات وترك ابنين وموصى له بالثلث
فأقام أحدهما البينة أن زيدًا قتل أباه عمدًا. وأقام الآخر على زيد أو على غيره أنه
قتله خطأ وصدق الموصى له مدعي العمد لهما نصف الدية في ماله أثلاثًا. ثلثاه للابن
الذي يدعي العمد وثلثه للموصى له. ويقضى للابن الآخر بالثلث على العاقلة لأنه ببينته
أثبت الدية بينهم أثلاثًا. إلا أن الابن الآخر والموصى له كذبا حيث تصادقا
على القتل عمدًا فبطل ما هو نصيبهما وهو الثلثان وبقي نصيبه وهو الثلث. ومدعي
العمد أثبت ببينته القصاص إلا أنه سقط بنصفه بتكذيب أخيه وانقلب نصفه
مالًا ثلثاه للابن وثلثه للموصى له. وإن صدق الأخ أي مدعي الخطأ لهما ثلثا
الدية على العاقلة ولمدعي العمد ثلثها في مال القاتل. وإن كذبهما الموصى له أو
صدقهما فلا شيء له لأن في تصديقهما تكذيبهما. وإن قال لم أدر عمدًا كان
القتل أو خطأ بقي حقه وسئل فإن بين فكما مر. ولو كان مكان الموصى له ابن
ثالث فكما مر غير أن الابن الثالث إن صدق مدعي العمد فلهما ثلثا الدية بينهما
بالسوية. وفي الموصى له كان يقضى لهما بنصف الدية. والفرق أن مدعي العمد
ثم أثبت القصاص بينه وبين أخيه نصفين إذ لا حق للموصى له في القصاص وهنا
لم يثبت القصاص بينه وبين إخوته أثلاثًا ولكن بطل مدعي ثلث الخطأ بتكذيبه
فبقي ثلثا القصاص لهما وصار ذلك مالًا. ولو أخذ أحدهما ما قضي له ونوى ما للآخر
شاركه إن اتحد السبب وإلا لا حتى لو قضي لأحدهما على العاقلة وللآخر في مال
القاتل ثم نوى ما لأحدهما وخرج ما للآخر ليس لصاحبه الذي نوى حقه أن يشاركه
صاحبه فيما خرج له لأن السبب مختلف وهو العمد والخطأ. والله أعلم.

كتاب الديات

الدية المال الذي هو بدل النفس
والأرش اسم للواجب على ما دون النفس. وقد مر في أول الجنايات بيان دية شبه العمد
والخطأ وكفاراتهما. ودية المسلم والذمي والمستأمن سواء. وقال الشافعي
رحمه الله دية الكتابي أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم. لأن

النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي
ثمانمائة درهم. وقال مالك رحمه الله دية الكتابي ستة آلاف درهم وهو احد
قولي الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عندهما
اثنا عشر الفا. ولنا قوله عليه الصلوة والسلام دية كل ذي عهد في عهده الف
دينار. وعن ابي بكر وعمر رضي الله عنهما انهما قالا دية الذمي مثل دية الحر المسلم
وما رويناه اشهر مما رواه لظهور عمل الصحابة رضي الله عنهم به. ودية المرأة
نصف دية الرجل. لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال دية المرأة على النصف
من دية الرجل في النفس. وبما دون النفس حتى يجب في قتل المرأة خطاء خمسة آلاف
درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة. وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه ثلث
الدية وما فوقها يتنصف وما دونها لا يتنصف. وبه اخذ الشافعي رحمه الله تعالى
وقد روي ان ربيعة الداري رحمه الله انه دخل على سعيد ابن المسيب وكان
يعتقد مذهب زيد فسأله عمن قطع اصبع امرأة ماذا يجب فيها. فقال
عشر من الابل ثم قال لو قطع اصبعين قال يجب عشرون. فقال لو قطع ثلاث
اصابع منها فقال يجب ثلاثون. فقال لو قطع اربع اصابع منها فقال يجب عشرون
فقال ربيعة سبحان الله كلما اكثر المها قل عقلها. قال له هكذا السنة
قلنا اراد به سنة زيد بدليل ما رويناه. وقد روي عن علي رضي الله عنه مرفوعا
الى النبي صلى الله عليه وسلم دية المرأة على النصف من دية الرجل. ولان حالها انقص
من حاله ومنفعتها اقل من منفعته وقد ظهر نقصانها في النفس فكذا في اطرافها
اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه

فصل فيما يجب فيه الدية

وتجب الدية
في النفس والانف والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم
والذوق واللحية ان لم تنبت وشعر الرأس. وان نبتت اللحية ابيض لا يجب شيء في
الحر وفي العبد تجب حكومة عدل. والاصل في وجوب الدية في النفس قوله تعالى
ودية مسلمة الى اهله. وقوله عليه السلام في النفس المؤمنة مائة من الابل ثم ما لا ثاني له في
البدن من اعضاء او معان مقصودة فاتلافها كاتلاف النفس في انه يجب كمال
الدية وذلك ما عددناه. والاصل انه اذا فوت جنس منفعته على الكمال او ازال
جمالا مقصودا في الانسان على الكمال تجب كل الدية لان فيه اتلاف النفس من
وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف
من كل وجه في الادمي تعظيما له. اصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالدية كلها في اللسان والانف فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه. فنقول
في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال لان كل جمال الوجه به فصار النفس
باعتباره كانها هالكة من وجه. وكذا لو قطع المارن او الارنبة لان تفويت

الجمال به

الجمال به يحصل. ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لان المجموع عضو
واحد. وكذا في اللسان الدية لانه يتعلق به منفعة مقصودة وهو التكلم
فان الادمي انما امتاز عن سائر الحيوان بالبيان. وبه من الله تعالى علينا. قال الله تعالى
خلق الانسان علمه البيان. ولانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام اغراضه لا غير
وذا يفوت بقطع اللسان. وكذا في قطع بعض اللسان اذا منع الكلام الدية.
لان الدية انما تجب بتفويت المنفعة لا بتفويت صورة الالة. وتفويت منفعته
يحصل بقطع البعض اذا منع الكلام. ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل
تقسم على عدد الحروف. وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر
يجب. فان الهاء والعين والحاء لا عمل للسان فيها فلا يعتبر ذلك في القسمة. وقيل
ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب فيه حكومة عدل لانه تحصل الافهام به
مع ضرب خلل. وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل
به منفعة الكلام. وفي الذكر الدية لان في قطعه تفويت منفعة مقصودة
من الادمي وهو الايلاد واستمساك البول والرمي به عند الحاجة والايلاج الذي هو
طريق الاعلاق عادة. وفي الحشفة كمال الدية لانها الاصل في منفعة الايلاج
والدفق والقصبة في معنى التابع. وفي العقل والسمع والبصر والشم والذوق كمال
الدية في كل واحد منها منفعة مقصودة. فقد روي عن عمر رضي الله عنه
انه قضى لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة على الرأس ذهب بها عقله
وسمعه وبصره ومنفعة ذوقه. ولان العقل من اعظم ما يختص به الادمي
فيه يدرك الاشياء ويميز من البهائم وكذا غيره منفعة مقصودة فتفويتها
كتفويت النفس. وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه ازال الجمال على الكمال
وفي شعر الرأس الدية اذا حلق ولم ينبت لما بينا. وقال مالك والشافعي
رحمهما الله يجب فيها حكومة عدل لانه شعر ينمو من البدن بعد كمال الخلقة
فلا يتعلق بتفويته كمال الدية كشعر الصدر والساق. وهذا لانه زيادة في الادمي
ولهذا يحلق شعر الرأس كله وبعض اللحية في بعض البلاد فلو كان مقصودا
لما حلق وليس فيه تفويت منفعة كاملة. ووجوب كمال الدية يعتمد
تفويت منفعة كاملة والدليل عليه ان ما يوجب في الحر كمال الدية يوجب
في العبد كمال القيمة. ولو حلق لحية عبد لا يلزمه كمال القيمة بالاتفاق وان
افسد المنبت وانما يلزمه نقصان القيمة فكذا في حق الحر. ولنا ما روي
عن علي رضي الله عنه انه قال في الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية الكاملة
والمنقول عنه في هذا الباب كالمرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم. ولانه مما لا يهتدي
اليه الرأي. ولانه فوت عليه جمالا على الكمال. ولان اللحية في اوانها جمال

وكذا في شعر الرأس جمال كامل ألا ترى أن الأقرع يتكلف في ستره فيلزمه كمال
الدية كما لو قطع الأذنين الشاخصين والأصل فيه ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال إن لله تعالى ملائكة صلوات الرحمن عليهم تسبيحهم سبحان من زين الرجال
باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به الجمال
وأما لحية العبد ففيها روايتان وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يجب كمال
القيمة وفي ظاهر الرواية يجب نقصان القيمة لأن المقصود في العبد الاستخدام دون
الجمال وبحلق اللحية هذا المقصود لا يفوت فأما الجمال فمقصود في الأحرار فتفويته
يوجب كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لأنه تابع للحية فصار كطرف
من أطرافها وتكلموا في لحية الكوسج والأصح أنه إن كان في ذقنه شعرات معدودة
فليس في حلقها شيء لأن وجودها يشينه ولا يزينه وإن كان أكثر من ذلك وكان على
الذقن والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لأن في هذا بعض الجمال ولكنه
ليس بكامل فيجب بتفويته حكومة عدل وإن كان متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج
وفي لحيته جمال كامل وهذا كله إذا أفسد المنبت فإن نبت حتى استوى كما كان
لا يجب شيء لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن
ولكنه يؤدب على ذلك لارتكابه ما لا يحل له فإن نبتت بيضاء فقد ذكر في النوادر
أنه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة رحمه الله في الحر لأن الجمال يزداد ببياض شعر اللحية
وعندهما يجب حكومة عدل لأن بياض الشعر جمال في أوانه لا في غير أوانه فتجب حكومة
العدل باعتباره وفي العبد يجب حكومة عدل عندهم لأنه ينتقص قيمته ويستوي
العمد والخطأ في حلق اللحية لأن القصاص لا يجب في شيء من الشعر ولأنه عقوبة
فلا يثبت قياسا وإنما يثبت دلالة أو نصا والنص إنما ورد في الجراحات قال الله تعالى
والجروح قصاص وهذا ليس في معناها لأنه لا يحتاج في حلقها إلى إيلام ولا يتوهم فيها
السراية كما في الجراحات وأما ما يكون زوجا في البدن ففي قطعهما كمال الدية
وفي أحدهما نصف الدية والأصل في ذلك أنه عليه السلام قال في العينين الدية
وفي إحداهما نصف الدية وفي اليدين الدية وفي إحداهما نصف الدية وفي الرجلين
الدية وفي إحداهما نصف الدية ففي العينين واليدين والشفتين والحاجبين
والرجلين والأذنين والأنثيين وثديي المرأة الدية وفي أحدهما نصف الدية
وقال مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل في الحاجبين لأنهما لا يوجبان
الدية في الشعور والأصل أن تفويت الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة
أو تفويت الجمال على الكمال فتجب كل الدية وفي تفويت أحدهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية وهذا لأن في تفويت العينين واليدين تفويت منفعة الإبصار
والبطش وفي الشفتين تفويت منفعة إمساك الطعام عند الأكل ومنفعة الجمال

وفي الرجلين

وفي الرجلين تفويت منفعة المشي وفي الأذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في الأذنين بالدية وفي الأنثيين تفويت منفعة الإمناء والنسل
وفي الثديين تفويت منفعة الإرضاع بخلاف ثديي الرجل لأنه ليس فيه تفويت
المنفعة والجمال على الكمال فتجب حكومة عدل وفي حلمتي المرأة كمال الدية وفي
إحداهما نصف الدية لفوات منفعة جنس الإرضاع وإمساك اللبن لأنه إذا لم يكن
للثديين حلمة يتعذر على الصبي التقامهما عند الإرضاع وأما ما يكون أرباعا في البدن
كأشفار العينين ففي أشفار العينين الدية إذا لم ينبتا وفي أحدهما ربع الدية
ثم يحتمل أن يراد بها الأهداب مجازا لأن شفر العين منبت الأهداب
وسمي الهدب شفرا تسمية للنابت باسم المنبت للمجاورة بينهما ومنفعة دفع الأذى
والقذى عن العين لأنه بالأهداب يدفع الأذى وإذا كان الواجب في الكل كل الدية
وهي أربعة فيجب في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل
أن يراد بها منابت الشعر والحكم فيهما هكذا ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة
لأن الأشفار مع الجفون كشيء واحد فصار كالمارن مع القصبة وأما ما يكون
أعشارا في البدن كالأصابع أي أصابع اليدين والرجلين ففي قطع أصابع اليدين
والرجلين كل الدية وفي كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية
لقوله عليه السلام وفي كل أصبع عشر من الإبل ولأن في تفويت الكل جنس
منفعة البطش أو المشي وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها والأصابع
كلها سواء لإطلاق ما روينا ولأن الكل سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر
الزيادة فيه كالأسنان واليمين مع الشمال وكل أصبع فيها ثلاثة مفاصل
ففي أحدها ثلث دية الأصبع لأنه قدر ثلثه وما فيها مفصلان كالإبهام ففي
أحدهما نصف دية الأصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع وأما ما يزيد
على ذلك كالأسنان ففي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم لقوله عليه السلام
في كل سن خمس من الإبل والأسنان كلها سواء كذا الحديث ولأن الكل
سواء في أصل المنفعة كالأيدي والأصابع وهذا إذا كان خطأ فإن كان
عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات ومن ضرب عضوا فأذهب منفعته
ففيه دية كاملة كاليد إذا شلت والعين إذا ذهب ضوؤها لأن الحكم منوط
بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه
تجب الدية لأن فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة النسل وكذا لو أحدبه
لأن فيه تفويت الجمال على الكمال لأن جمال الآدمي في كونه منتصب القامة قال
الله تعالى لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم قالوا المراد به انتصاب القامة فلو
زالت الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن أثر ولو بقي أثر الضربة ففيه حكومة عدل

قطع الكل ع

لأنه يبقى بعض الشين ببقاء أثر الضربة.

فصل في الشجاج

وهي عشرة: الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم، والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله بل يجتمع في موضع الجراحة كالدمع في العين، والدامية وهي التي تسيل الدم، والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه، والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم وتقطعه، والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه، والهاشمة وهي التي تكسر العظم، والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله، والآمة وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ. ففي الموضحة نصف عشر الدية إن كان خطأ، وفي الهاشمة عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، فإن نفذت الجائفة فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية، لأنه عليه السلام قال: وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمسة عشر، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية. وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية، ولأنها إذا نفذت نزلت منزلة جائفتين إحديهما من جانب البطن والأخرى من جانب الظهر فيجب في كل واحدة منهما ثلث الدية. وفيما دون الموضحة كالحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل إذا كان خطأ، لأنه ليس فيها أرش مقدر ولا يقدر الإهدار فصرنا إلى حكومة العدل. وعن إبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما أنهما قالا: ما دون الموضحة من الشجاج بمنزلة الخدوش ففيها حكومة عدل. وفي الموضحة القود إن كانت عمداً لأنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة، ولأن اعتبار المساواة فيها ممكن بأن ينتهي السكين إلى العظم فيتساويان، والجنايات فيما دون النفس توجب القصاص إذا أمكن اعتبار المساواة فيها. ولا قصاص في غير الموضحة من الشجاج ولا فيما دونها لأن القصاص إنما يجري فيما دون النفس بشرط المساواة، ولا يمكن تحقيق المساواة فيها لأنه لا حد ينتهي السكين إليه، ولأن في الهاشمة والمنقلة يحتاج إلى كسر العظم، وقد قال عليه السلام لا قصاص في العظم، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله. وقيل الصحيح أنه يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج وهو ظاهر الرواية، لأن عملها في الجلد واللحم واعتبار المساواة فيها ممكن بأن يسبر غورها بالمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع. وعن محمد رحمه الله أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة، وقال هي التي تظهر اللحم ولا تقطعه، وما ذكرناه أولاً مروي عن أبي يوسف رحمه الله وهو ظاهر الرواية، وهذا الاختلاف راجع إلى مأخذ الكلمة لا في الحكم. ولم

بذكر محمد

يذكر محمد رحمه الله الدامغة وهي التي تصل إلى الدماغ لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فتكون قتلاً لا شجة. ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة، وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة، والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما كالساق والصدر واليد تجب حكومة العدل، لأن الأثر بالتقدير جاء في الشجاج في الرأس والوجه، وغيرهما ليس في معناهما حتى يلحق بهما، لأنه إنما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة، والشين إنما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس. واللحيان من الوجه عندنا لاتصالهما به بلا فاصل وقد يتحقق معنى المواجهة فيهما، وقيل ليسا من الوجه وهو قول مالك رحمه الله لعدم المواجهة فيهما حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر. والذقن من الوجه اتفاقاً. والجائفة تختص بجوف الرأس أو جوف البطن. واختلفوا في تفسير حكومة العدل، فقال الطحاوي رحمه الله السبيل في ذلك أن يقوم لو كان مملوكاً بدون هذا الأثر ويقوم مع هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بين القيمتين فإن كانت نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية، وإن كان بقدره ربع العشر يجب ربع عشر الدية، وعليه الفتوى. وقال الكرخي رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية، لأن وجوب نصف عشر الدية في الموضحة بالنص، وما لا نص فيه يرد إلى المنصوص باعتبار المعنى.

فصل

وفي أصابع اليد نصف الدية لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ضرورة. فإن قطعها مع الكف ففيها أيضاً نصف الدية لقوله عليه السلام في اليدين الدية وفي إحديهما نصف الدية، ولأن الكف تبع للأصابع لأن قوام البطش بها. فإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ، لأنه عليه السلام قضى على قاطع اليد بنصف الدية خمسة آلاف، واليد من رءوس الأصابع إلى الآباط فلم تجب الزيادة على تقدير الشرع، ولأن الساعد ليس له أرش مقدر فيكون تبعاً لما له الأرش مقدر كالكف. ولهما أن أرش اليد إنما يجب باعتبار أنه آلة باطشة والأصل في البطش الأصابع والكف تبع لها، أما الساعد فلا يتبعها لأنه غير متصل بها فلم يجعل تبعاً لها في حق التضمين، ولأنه إما أن يجعل تبعاً للأصابع أو للكف، ولا يمكن جعله تبعاً للأصابع ربع
لأن الكف حائل بينه وبين الأصابع، والتبع ما يكون متصلاً بالأصل، ولا يمكن جعله تبعاً للكف لأن الكف في نفسه تبع للأصابع ولا تبع للتبع، فإذا تعذر جعله تبعاً وتعذر إهداره وليس فيه أرش مقدر فيجب حكومة العدل، ولا حجة له في الحديث لأن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من الزند بدليل آية السرقة، وإن قطع الكف

من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فخمس دية
اليد ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش
الكف وهو حكومة عدل والى ارش ما بقي من الاصابع فيكون عليه الاكثر ويدخل
الاقل في الاكثر لما ان الجمع بين ارش الاصبع وارش الكف بغير اصبع ممتنع
اتفاقا لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصابع فهو
شيء واحد ولم يستقم ابطال احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فوجب
الترجيح بالكثرة وله ان الاصل وان قل فهو احق بالاعتبار من المقدار كالمسنة
مع الصغار والاصابع اصل حقيقة لان البطش يقوم بالاصابع وهي المنفعة المطلوبة
وحكما فان ارش الاصبع مقدر شرعا في كل اصبع عشر من الابل وليس للكف ارش مقدر
شرعا وما ليس بمقدر شرعا يجعل تبعا لما هو مقدر شرعا ولهذا اجعل
الكف تبعا لجميع الاصابع والترجيح بالذات احق من الترجيح بمقدار الواجب
ولو قطع اليد وفيها ثلاث اصابع فعليه ثلاثة اخماس دية اليد ولا شيء في الكف بالاجماع
لان اكثر الاصابع لما كانت قائمة جعل كقيامها فيكون الكف تابعا لها
لان اقامة الاكثر مقام الكل اصل في الشرع وفي الاصبع الزائدة والسن الزائدة
حكومة عدل لانه لا منفعة فيه ولا زينة فلا يجب ارش مقدر ولكنه جزء
من الادمي فلم يمكن اهداره فتجب فيه الحكومة تعظيما للادمي وفي عين الصبي
وذكره ولسانه ان لم تعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب
دية كاملة لان الاصل هو الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان السلامة
لم تثبت بالدليل وانما تثبت بناء على الظاهر وهو لا يصلح للالزام بخلاف المارن
والاذن الشاخصة لان المقصود ثم الجمال والزينة وذا لا يختلف بين البالغ والصبي
وكذا المستهل لانه مجرد صوت وليس بكلام ومعرفة الصحة في العين بما يستدل
به على النظر وفي الذكر بالحركة عند البول وفي اللسان بالكلام فيكون بعد ذلك
حكمه حكم البالغ في العمد والخطاء وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل وقال
الشافعي رحمه الله دية كاملة لقوله عليه السلام وفي الذكر الدية من غير فصل
ولنا ان المنفعة الاصلية من هذا العضو الانزال والاحبال واذا عدمت هذه
المنفعة فلا يجب فيه دية كاملة كالعين القائمة التي ذهب نورها واليد الشلاء
والرجل الشلاء ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش
الموضحة في الدية وقال زفر رحمه الله لا تدخل لانهما جنايتان مختلفتان فيما
دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات ولنا ان تفويت العقل يجري مجرى
اهلاك النفس فانه يفوت به منفعة سائر الاعضاء فصار كما لو شجه موضحة فمات
ووجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع

واستوى

واستوى لا يجب شيء واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب الشعر لا يجب ما دونه
باعتباره ايضا وصار كما لو قطع اصبع رجل فشلت يده وان ذهب سمعه او بصره
او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رحمه الله يدخل في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر
فلا يلحق بالعقل اما السمع والكلام مبطن فالحقا بالعقل ولهما ان كل واحد من هذه المنافع
اصل بنفسها فتعدد حكم الجناية بعدد اثر الفعل ولم يستتبع واحد من ذلك ما سواه بخلاف
العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اما منفعة السمع والبصر فمختصة فلا
يدخل بعضها في بعض كالاعضاء المختلفة ومن شج رجلا موضحة عمدا فذهبت
عيناه فلا قصاص في شيء منه عند ابي حنيفة رحمه الله وتجب الدية فيهما وقالا في الموضحة
القصاص والدية في البصر وروى بن سماعة عن محمد رحمهما الله انه يجب القصاص
في الموضحة والعينين وان قطع اصبع غيره عمدا فشلت اصبع اخرى بجنبها لم يجب
شيء من القصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وتجب دية الاصبعين وعندهما يجب
القصاص في الاولى والارش في الثانية وهو قول زفر والحسن رحمهما الله وان قطع
اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او كل اليد فلا قصاص في شيء من ذلك
اجماعا وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل ولو كسر
بعض سن رجل فاسود ما بقي او اصفر او احمر او اخضر فلا قصاص في شيء من ذلك اجماعا
وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر
المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار
كما لو شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة والاصل ان الجناية متى
وقعت على محلين متباينين حقيقة فوجوب المال في احدهما لا يمنع وجوب القود
في الاخر ومتى وقعت في محل واتلفت شيئين احدهما يوجب القود والاخر
يوجب المال في الكل اجماعا ثم قالا الجناية وقعت على محلين متباينين لا بينهما
حائلا فاخذ حكم فعلين كل واحد منهما مبتدا فلم تتعد الشبهة من احدهما
الى الاخرى كما لو رمى سهما الى انسان فاصابه ونفذ منه الى غيره فعليه القود في الاول
والدية في الثاني وكمن قطع اصبعا فاضطربت السكين فاصابت اصبعا اخرى
خطاء منه فانه يقتص في الاولى دون الثانية بخلاف السن اذا اسود ما بقي منها
او الاصبع اذا شل ما بقي منها او شلت اليد كلها لاتحاد المحل لان ذلك بمنزلة شيء واحد
وله ان الجزاء بالمثل والجرح الاول سائر وليس في وسعه الساري فيجب المال
ولان سراية الفعل مع ابتداء الفعل كشيء واحد وان السراية لا تنفصل عن الجناية
وقد اتحد المحل من وجه بواسطة اتصال احدهما بالاخر واذا لم يكن احد الفعلين
موجبا للقود لا يكون الاخر موجبا له لانه بالنظر الى الابتداء ان كان عمدا فبالنظر الى

لانتهاء خطأ فصار خطأ من وجه دون وجه فلا يكون موجبا للقود للشبهة بخلاف النفس لأن أحدهما ليس من سراية الآخر إذ لا يتصور سراية الفعل من شخص إلى شخص وإنما يتصور ذلك من شخص واحد، وبخلاف السكين إذا اتصل إلى الإصبع أخرى لأن القطع في الإصبع الأخرى ليس من أثر الفعل الأول بل الفعل كله مقصود فينفرد بحكمه. ووجه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن سراية الفعل تنسب إلى الفعل شرعا وتجعل الفاعل مباشرا للسراية فيؤخذ به كما لو سرى إلى النفس فإنه يجب القصاص ويعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف ما لو قطع إصبعا فشلت بجنبها أخرى لأنه لا قصاص في الشلل. أما إذهاب البصر فيجري فيه القصاص فصار الأصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص إلى ما أمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو سرت إلى النفس وقد وقع الأول ظلما. ووجه المشهور أن ذهاب البصر حصل بطريق التسبيب فإن الفعل الأول بقي شجة على ما كانت. والأصل في سراية الأفعال أنها إذا أحدثت لم يبق الأول كالقطع إذا سرى إلى النفس صار قتلا ولم يبق قطعا. وهنا الشجة لم تزل بذهاب البصر فكان الفعل تسبيبا إلى فوات البصر كحفر البئر والتسبيب لا يوجب القصاص. ولو كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة رحمه الله وعلى رواية المشهور لا قصاص. ولو ضربه بعصى فأوضحه ثم ضربه أخرى إلى جنبها ثم تآكلتا حتى صارتا واحدة فهما موضحتان فعلى الرواية المشهورة القصاص ويقتص منه على قول محمد رحمه الله. ولو قطع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الأرش كاملا لأن الجناية وقعت موجبة والذي نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو أتلف مال إنسان فحصل للمتلف عليه مال آخر. وله أن الجناية قد انعدمت معنى ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت لا يجب الأرش إجماعا وهذا لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى وما فاتت عليه منفعة ولا زينة فلا يجب الأرش إجماعا وهذا لأن الموجب فساد المنبت. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب حكومة عدل لوجود الألم الحاصل. ولو قلع سن غيره فردها صاحبها إلى مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القاطع كمال الأرش لأن هذا الملصوق غير معتد به والعروق لا تعود وكذا لو قطع أذنه فألصقها فالتحمت لأنه لا تعود إلى ما كانت عليه. ومن نزع سن رجل فنزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن المنزوع سنه أولا فعلى الذي نبتت سنه لصاحبه خمسمائة درهم. وأصل هذا أن القصاص واجب في السن نزعت أو كسرت وإنما يجب لفساد المنبت ولهذا لو نبتت كما كانت قبل القصاص بطل القصاص وفساد المنبت لا يتبين إلا بمضي الزمان وقد جعل أناه حولا كاملا لأن

الحول

الحول حسن للانتظار في معنى يكشف الحال كما في أجل العنين. فإذا استوفى عاجلا فلم ينبت وجب استيفاء القود لأنا لو وقتناه باليأس لبطل القصاص وفيه تضييع الحقوق فصار الحول دلالة اليأس غالبا فأقيم مقامه. فإذا نبتت من بعد بطل الحكم بالحول وتبين أنه استوفى القود وله حق الاستيفاء فضمنه كأنه نزع سنه ظلما وإنما لم يلزم القود لأن فعله حق في الظاهر فصار شبهة فيجب المال. ولو ضرب سن إنسان فتحركت سنه يستأنى سنة ليظهر أثر فعله فإن أجله القاضي حولا ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فقال المضروب سقطت من ضربك وقال الضارب لا بل من ضارب آخر فالقول للمضروب لأن الظاهر يشهد له. وهذا بخلاف ما لو شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول للضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة فلا تضاف إليها. أما الضربة المحركة للسن فمؤثرة في السقوط فيضاف السقوط إليها. وإن جاء بعد السنة واختلفا فالقول للضارب لأن التأجيل ما كان إلا ليظهر أثر فعله في تلك المدة فكان من ضرورة اعتبار الأجل أن يعتبر قول المضروب إذ لو لم يعتبر لم يكن مفيدا. فأما بعد مضي الحول وقد انتهى وقت ظهور الأثر فالمضروب يدعي على الضارب أن السقوط من أثر فعله وهو مضمون عليه وهو ينكر فكان القول قوله. ولو لم تسقط لا شيء على الضارب. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب حكومة الألم وسيجيء الوجهان إن شاء الله تعالى. ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله. ولا يجب القود لأنه لا يمكنه رعاية المماثلة إذ ليس في وسعه أن يضرب ضربا تسود منه. فإن اصفرت روى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله أن فيها حكومة عدل. وذكر هشام في نوادره عن محمد عن أبي حنيفة قال في الحر لا يجب شيء وفي المملوك حكم عدل وهو قول أبي يوسف رحمه الله لأن الجمال على الكمال في بياض السن فبالصفرة ينتقص معنى الجمال فيها ولهذا يجب في المملوك حكم عدل فكذا في الحر. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الصفرة من ألوان السن فلا يكون دليل موت السن بخلاف السواد فإنه دليل موته والمطلوب في الأحرار المنفعة وهي قائمة بعد ما اصفرت وفي المملوك المالية وقد تنتقص المالية بالاصفرار كذا ذكر في المبسوط. ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر وقد نبت الشعر أو ضرب رجلا فجرحه فبرأ وذهب أثره لا يجب عليه الأرش عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله عليه أرش الألم وهو حكومة العدل باعتبار ألم لحقه. وقال محمد رحمه الله عليه قدر ما أنفق في معالجته إلى أن برأ لأنه إنما لزمه أجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كأنه أخذ ذلك من ماله فيرجع عليه. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموجب هو الشين وقد زال ولا قيمة لمجرد الألم. ولهذا لو ضربه ضربة تألم بها ولم تؤثر فيه لا يجب شيء.

وإن ضربه وجرحه فبرأ وبقي أثر الضرب فعليه أرش الضرب أي حكومة العدل
ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية ويسقط أرش اليد
وقد مر. ومن جرح رجلاً جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ. وقال الشافعي
رحمه الله يقتص منه في الحال كما في القود في النفس. وهذا لأن الموجب قد ثبت
فلا يؤخر كما في موضحة. ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة. ولأن
المعتبر في الجنايات مآلها لا حالها لأن حكمها في الحال غير معلوم فربما يسري إلى النفس فيتبين أنه
قتل فما لم يستقر على شيء بالبرء أو بالهلاك لم يعلم أنها جناية فلا يمكن ترتيب موجبها
عليها. وكل قوده بشبهة كقتل الأب ابنه عمداً فديته في مال القاتل. وكذا عمدا سقط
كل أرش وجب صلحاً أو إقراراً ولم يكن بنصف عشر الدية. والأصل فيه حديث ابن
عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة
عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة. ثم ما وجب
قتل الأب ابنه عمداً في ماله في ثلاث سنين. وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية
حالة لأن القود سقط شرعاً إلى بدل فيكون ذلك البدل حالاً كما لو سقط بالصلح
على مال. وهذا لأن الأصل أن ضمان المتلف يكون على المتلف في ماله حالاً كسائر
المتلفات. والتأجيل في الدية عند الخطأ ثبت تخفيفاً على الخاطئ وعلى عاقلته
والعامد لا يستحق ذلك التخفيف فيكون الواجب عليه حالاً. ألا ترى أن الوجوب
على العاقلة لما كان على التخفيف على القاتل لم يثبت ذلك في العمد. ولأن وجوب
الضمان بمعنى الجبران وحقه في نفسه حال. ولا يتجبر حقه إلا ببدل هو حال ينجبر
ولنا أن هذا مال وجب بنفس القتل فيكون مؤجلاً كما لو وجب بقتل
الخطأ وشبه العمد. وهذا لأن المتلف ليس بمال. وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلاً
وإنما عرفنا تقومه بالمال شرعاً. والشرع إنما قومه بدية مؤجلة في ثلاث سنين الادمي
فإيجاب المال حالاً زيادة على ما أوجبه الشرع معنى كما لا يجوز باعتبار وصف
العمدية الزيادة في الدية قدراً فكذا لا يجوز إثبات الزيادة فيه وصفاً.
بخلاف ما وجب بالصلح لأنه مال وجب بالعقد ابتداء فيكون حالاً كالثمن
في البيع. وما وجب بإقرار الجاني بقتله خطأ فهو في ماله ولا يصدق على عاقلته
لأن العاقلة لا تعقل ما وجب بالاعتراف لما روينا. ولأن له ولاية على نفسه
في الالتزام فيه لا دون عاقلته. ويجب في ثلاث سنين لأن بدل الدم شرع مؤجلاً
ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية ويكون ذلك في مال الجاني حالاً. قال الشافعي
رحمه الله وسيجيء بعد إن شاء الله تعالى. وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه
الدية على العاقلة إذا بلغت خمسمائة. فإن كانت أقل من خمسمائة ففي أموالهم
لأن ما دون خمسمائة في ضمان المال والمعتوه كالمجنون. وقال الشافعي رحمه الله

عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لأن العمد لغة القصد وهو ضد الخطأ. فمن يتحقق
منه الخطأ يتحقق منه العمد. ولهذا يؤدب ويعزر. والتعزير إنما يكون على فعل
يقع عمداً لا خطأ. إلا أنه يبتنى على هذا القصد حكمان القود والدية في ماله حالاً.
والصبي ليس من أهل أحد الحكمين وهو العقوبة لأنها تبتنى على الخطاب وهو غير
مخاطب. وهو من أهل الحكم الآخر وهو وجوب الضمان في ماله كما في غرامات الأموال
فيلزمه ذلك بمنزلة السرقة فإنه يتعلق بها حكمان القطع وهو عقوبة وهو ليس بأهله والضمان ن
وهو أهله فيلزمه ذلك. ولنا أن مجنوناً سعى على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك إلى علي
رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء. ولأن الصبي
مظنة المرحمة قال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا فليس منا. والخطأ
البالغ إنما يكون على عاقلته لمعنى النظر والتخفيف على القاتل والصبي أدعى إلى التخفيف
فكان أولى بالوجوب على العاقلة. وهذا لأن العمد لا يتحقق منهما. لأنه يبتني على العلم
وهو بالعقل ولا عقل للمجنون وفي عقل الصبي قصور فلا يتحقق منهما القصد فصار
كالنائم. ويبتنى على هذا التكفير وحرمان الإرث. فعنده فيه التكفير وحرمان
الإرث لأنهما يبتنيان على القصد وقد تحقق منهما. ولنا أن حرمان الإرث شرع
عقوبة على قتله والكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة لأنها لدفع الذنب وستره
وهما ليسا من أهل العقوبة لأن فعلهما لا يوصف بالجناية لأنها اسم لفعل محظور والحظر
ينبني على الخطاب وهو موضوع عنهما

فصل في الجنين

وإذا ضرب
رجل بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة نصف عشر دية الرجل وهذا في الذكر
وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم. والقياس في الجنين أن لا يجب
فيه شيء لأنه لم تعرف حياته ولا يتحقق القتل إلا في حي والضمان بالشك لا يجب. نعم
الظاهر حياته ولكن الظاهر حجة لدفع الاستحقاق دون الاستحقاق به. أو تجب كمال الدية
لأن الضارب منع حدوث منفعة الحياة فيه فيكون كالمزهق للحياة فيما يلزمه من البدل
كولد المغرور فهو حر بالقيمة لمنع حدوث الرق فيه. ولأن الماء في الرحم معد للحياة
فيجعل كالحي في إيجاب الضمان بإتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد
في إيجاب الجزاء عليه بكسره. ولكنا تركنا القياس بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة. ويروى أو خمسمائة وهو حجة على مالك
والشافعي رحمهما الله حيث قدراها بستمائة. وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمسمائة
لأنها خطأ. وقال مالك رحمه الله في ماله لأنه بدل الجزء. ولنا أنه عليه السلام قضى
بالغرة على العاقلة وسماه دية وهي بدل النفس. فإن امرأة ضربت بطن صاحبتها بعمود
فسطاط فألقت جنيناً ميتاً فاختصم أولياؤهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
عليه السلام لأولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا آكل

ومثل دمه يطل • فقال عليه السلام أسجع كسجع • قوموا فدوه • عندنا أن العاقلة لا تعقل ما دون خمسمائة • وتجب في سنة • وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين قل أو كثر • فأما بدل الطرف فهو الذي يتأجل في سنة • ولنا أنه عليه السلام جعل الغرة على العاقلة في سنة ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس مودعة في الأم حتى تنفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا القدر المتيقن به • ويستوي فيه الذكر والأنثى لأنه عليه السلام قضى بالغرة ولم يفصل • ولأن التفضيل بين بدن الذكر على بدن الأنثى باعتبار تفاضل بينهما في المالكية فإن الذكر مالك مالا ونكاحا والأنثى مالكة مالا مملوكة نكاحا • فإن كان التفاوت بينهما فيما هو من خصائص الآدمية مؤثرا في التفاوت في البدل ولا تفاوت في الجنين فإذا لم يتفاوتا استويا في البدل • وبدل الجنين موروث عنه لورثته • وقال الشافعي رحمه الله يكون لأمه لأنه في حكم جزء منها حتى تقرض بالمقراض فيكون بدلها كسائر أجزائها • ولنا أنه بدل نفسه فيرثه ورثته كالدية • ولا يرث الضارب حتى لو ضرب رجل بطن امرأته فألقت ابنه ميتة فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث الأب منها شيئا • لأنه قاتل بغير حق مباشر ولا يرث القاتل • وإن ألقت حيا فمات ففيه دية كاملة لأنه أتلف نفسا حية بالضرب السابق • وقتل النفس المعصوم يوجب الدية • فإن ألقت ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بالجنين • والأصل فيه حديث المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال كنت بين جاريتين لي فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسطاط فألقت جنينا ميتا وماتت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة في الجنين • وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين لأنه قتل شخصين • وإن ماتت الأم ثم ألقت ميتا فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين عندنا • وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر أنه مات من الضربة • وفي إتلاف الجنين لا فرق بين أن ينفصل ميتا منها وهي حية أو ميتة فقد ظهر أنه أتلف نفسين فيلزم بدل كل واحد منهما • ولنا أنه يتمكن الاشتباه في هلاكه إذا انفصل بعد موتها فربما كان ذلك بالضربة وربما كان باحتباس نفسه بهلاكها لأنه يتنفس بنفسها فإذا ماتت الأم ينقطع النفس • ومع اشتباه السبب لا يجب الضمان لأن في وجوبه شكا • وفي جنين الأمة لو كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى • وقال الشافعي رحمه الله يجب فيه عشر قيمة الأم ذكرا كان أو أنثى لأنه جزء من وجه وضمان الأطراف يؤخذ مقداره من الأصل • ولنا أن الضمان إنما وجب من حيث كونه أصلا في نفسه لا من حيث كونه جزءا • فإن ضمان الجزء إنما يجب عند ظهور النقصان في الأصل وهنا بخلافه • وإذا كان بدل نفسه فكان تقديره بها أولى • ولأن الضمان

يجب جبرا للفائت والمقتول هو الجنين فكان اعتباره بقيمته أولى من اعتباره بقيمة غيره • غير أنا أوجبنا عشر القيمة أو نصف عشر القيمة اعتبارا بالجنين الحر • فإنه ثم يجب نصف عشر الدية وإن كان ذكرا وعشر الدية إن كان أنثى وهو خمسمائة والقيمة في المماليك كالدية في الأحرار فيجب اعتبار القيمة بالدية فيؤدي إلى هذا ضرورة • وإن قيل فيه تفضيل الأنثى على الذكر لأن عشر قيمتها إذا كانت أنثى أكثر من نصف عشر قيمته إذا كان ذكرا • وفي الديات تفضيل الذكر على الأنثى ولا تفضل الأنثى على الذكر • قلنا هذا التسوية في الحقيقة والتسوية جائزة هنا بالاتفاق • وهذا لأن القيمة هنا بالدية • ودية الأنثى على النصف من دية الذكر فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذكر • والتفضيل إنما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون في المنفصل لا في الأجنة • لأنه لا مالكية في الجنين وإنما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والأنثى في معنى النشو تساوي الذكر • وربما تكون الأنثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال • فلهذا جوزنا تفضيل الأنثى على الذكر لو تصور • ثم وجوب البدل في جنين الأمة قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله • وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله • وعنه لا يجب في جنين الأمة شيء وإنما يجب نقصان الأم إن تمكن فيها نقص وإن لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة • وهذا بناء على اختلافهم في ضمان الجناية على المماليك فعند أبي حنيفة رحمه الله هو بمنزلة المال حتى يجب بالغا ما بلغ • وعندهما هو بدل من النفس ولهذا لا يزاد على مقدار الدية • وإن ضرب بطن أمة فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق لأن الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف وقيل هذا قولهما • وأما عند محمد رحمه الله فتجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لكون الإعتاق قاطعا للسراية عنده • ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب الكفارة • لأنه نفس من وجه وإتلاف النفس يوجب الكفارة فتجب الكفارة هنا احتياطا لما فيها من معنى العبادة • ولنا أن الشرع إنما ورد بإيجاب الكفارة في النفس المطلقة وهو جزء من وجه فلم يكن مورد النص وليس في معناه من كل وجه • ولهذا لم يجب فيه دية كاملة فلا يلحق به دلالة إلا أن يتبرع بها احتياطا لأنه ارتكب محظورا • والجنين الذي قد استبان بعض خلقه كالظفر والشعر بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا • ولأنه ولد في حق النفاس ومعنى العدة وأمومية الولد فكذا في حق وجوب الغرة • والمرأة إذا ضربت بطن نفسها أو شربت دواء لتطرح الولد متعمدة أو عالجت فرجها حتى أسقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بغير إذن الزوج وإن فعلت بإذنه لا يجب شيء كذا في الفتاوى الصغرى •

باب ما يحدثه

الرجل في الطريق ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزع ذلك كله لان طريق المسلمين حق عامتهم فاذا شغله بما ليس بحق له كان لكل واحد من اهل الطريق دفعه كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيره شيئا فكذا في الحق المشترك ولصاحب هذه الاشياء ان ينتفع به اذا لم يضر بالمسلمين فان اضر بالمسلمين كره له ذلك لان الانتفاع بالطريق ثابت له ايضا الا ان هذا انتفاع بما لم يوضع له الطريق فان كان لا اضرر فيه الحق بغير حقه وهو المرور وان كان فيه ضرر يبقى على اصله فكره لان السبيل في استيفاء المباح ان لا يتضمن ضررا باحد فاذا تضمنه كره لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانه ملك مشترك بينهم ولهذا اوجبت الشفعة لهم بكل حال والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل اضر بهم او لم يضر وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه ليس له فيه ملك فيباح الانتفاع به ما لم يتضرر به غيره فاذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه تسبب لهلاك ما تلف بما احدثه وهو متعد في هذا التسبب فانه احدث في الطريق ما يتضرر به المار بشغل هذا الطريق او يحول بينهم وبين الطريق الذي هو حقهم وكذا اذا سقط شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة لكن ضمان البهيمة في ماله لان تحمل العاقلة شرع بخلاف القياس في النفس فيقتصر عليها وان عثر بما احدثه في الطريق رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه انما عثر بما احدثه وكانه دفعه بيده على غيره ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع اليه في هذه الحالة فصار كالآلة وان سقط الميزاب بنظر فان اصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان على احد لانه انما وضع ذلك الطرف من الميزاب في ملكه واحداث شيء في ملكه لا يكون تعديا وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لانه متعد في ذلك الطرف لانه يشغل به هواء الطريق على المسلمين ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لما مر ولو اصابه الطرفان فان علم ذلك وجب النصف واهدر النصف كما لو جرحه سبع وانسان وان لم يعلم اي طرف اصابه ففي القياس لا شيء عليه لانه ان اصابه الطرف الداخل لم يضمن وان اصابه الطرف الخارج ضمن والضمان لا يجب بالشك لان فراغ ذمته ثابت بيقين وفي الشغل شك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في حال فهو ضامن للكل وفي حال لا يضمن شيئا فيتنصف وان اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ الى المشتري منها وتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لانه كان جانيا

بوضع الخشبة او اشراع الجناح وبالبيع لم ينفسخ حكم فعله ولا شيء على المشتري لانه ما احدث في الطريق شيئا واذا وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا فهو ضامن له لانه متعد في احداث النار في الطريق وان حركته الريح الى مكان آخر ثم احرق شيئا فلا ضمان عليه لان حكم فعله قد انفسخ بالتحول عن ذلك الموضع الى موضع آخر وهذا اذا لم يكن يوم ريح فان كان ريحا فهو ضامن ايضا لانه كان عالما حين القاه ان الريح تذهب به من موضع الى موضع فلا ينفسخ حكم فعله بذلك بل جعل كالمباشر ولو استاجر رب الدار العملة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم دون رب الدار لان التلف بفعلهم لان السقوط لتقصير منهم في احكام العمل فكانهم القوا ذلك فكانوا قاتلين مباشرة فتلزمهم الدية والكفارة وحرموا عن الميراث وان سقط ذلك بعد فراغهم من العمل فالضمان على رب الدار استحسانا وفي القياس هذا كالاول لانهم باشروا احداث ذلك في الطريق وصاحب الدار ممنوع من احداثه وانما يعتبر امره فيما له ان يفعل بنفسه وجه الاستحسان انهم عملوا له حتى استوجبوا الاجر عليه وقد صار عملهم مسلما اليه بالفراغ منه فكانه عمل بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ فان عملهم لم يصر مسلما اليه بعد وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة او رش الماء في الطريق او توضأ في الطريق فعطب بذلك الموضع انسان فهو ضامن لانه متعد بما احدث في الطريق بالحاق الضرر بالمارة وهذا كله في طريق العامة فان كان في سكة غير نافذة والذي فعل ذلك من اهل السكة او قعد او وضع متاعه لم يضمن لان ذلك الموضع مشترك بينهم شركة خاصة وواحد الشركاء اذا احدث شيئا من ذلك في الملك المشترك لم يضمن قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة فان رش ماء قليلا كما هو المعتاد فالظاهر انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش لانه صاحب علة لان السقوط من فعله فصار كالحافر مع الدافع وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للطريق للمرور ولم يكن اثر الماء فيه واذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يضمن الراش شيئا وان رش كل الطريق ضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها كله او بعضه وان رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا وان استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يضمن الآمر استحسانا ولو امره بالبناء في وسط الطريق ضمن الاجير لفساد الامر بخلاف الفناء فانه يباح له فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك في فنائه اذا كان لا يتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين

فاعتبر امره في ذلك ولكن لما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة • ومن حفر
بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته • وان تلفت
بهيمة ففي ماله لانه متعد في هذا التسبب باحداثه في الطريق ما يتضرر به المارة الا
ان العاقلة تتحمل النفس دون المال للمارة • والقاء التراب في الطريق واتخاذ الطين
فيه بمنزلة القاء الحجر والخشب للمارة • ولو كنس الطريق فعطب بموضع كنسه
انسان لم يضمن لانه ما احدث في الطريق شيئا وانما كنس الطريق لئلا يتضرر به
المارة ولا يؤذيهم التراب فلا يكون هو متعديا في هذا التسبب • ولو جمع الكناسة
في الطريق فتعقل به انسان ضمن لانه بشغله صار متعديا • ولو وضع حجرا فنحاه
غيره من موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه وقد خرج الاول من
الضمان لان حكم فعله قد انتسخ بفراغ الموضع الذي شغله • وانما اشتغل بفعل الثاني
موضع اخر فهو كالمحدث لذلك في هذا الموضع • وان حفر الرجل بالوعة
في الطريق الاعظم يمنع من ذلك لانه لا يخلو عن الضرر • فان امر السلطان بذلك او اجبره
عليه لم يضمن لان للسلطان ولاية عامة على الطريق الاعظم فينتفي عنه ضمان العطب ان
كان ذلك في ملك الحافر وان كان بغيره ضمن لانه متعد للمارة • وكذا الجواب
على هذا التفصيل في جميع ما يفعل في طريق العامة مما ذكرناه • كالشراع والجناح والكنيف
والميزاب والروشن ان كان بامر السلطان لم يضمن وان كان بغير امره ضمن
وكذا ان حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد في التسبب • وكذا لو حفر
في فناء داره لان الفناء في تصرفه وله ذلك لمصلحة داره • وقيل هذا اذا كان
الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد فيه • فاما اذا كان لجماعة
المسلمين او كان مشتركا بان كان في سكة غير نافذة يضمن لانه مسبب متعد
وهذا صحيح • ولو حفر بئرا في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا بسبب السقوط
فلا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله • وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك
وان مات غما فالحافر ضامن له • لان الجوع معنى يحدث فيه حين لم يبق شيء في
معدته من مواد الطعام وليس من اثر فعل الحافر فلا يضاف اليه • فاما الغم فان جعل
الارض عميقا وهو من اثار حفره فيضاف اليه • وقال محمد رحمه الله هو ضامن
في الوجوه كلها • لان كل ذلك انما حدث بسبب الوقوع في البئر اذ لولاه لكان
الطعام قريبا منه والحكم تارة يضاف الى السبب بغير واسطة وتارة بواسطة
ولابي حنيفة رحمه الله ان موته انما يضاف الى الحفر اذا مات بسبب الوقوع ليجعل
الحافر كالدافع له من حيث ازالة المسكة • واما اذا طرا عليه بسبب اخر للهلاك
ولا صنع للحافر فيه فلا يضاف اليه • وان استاجر اجراء فحفروا له في غير فنائه
فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير فنائه • لان الاجراء

يعملون

يعملون • ولهذا يستوجبون عليه الاجر وقد صاروا مغرورين من جهته حيث لم
يعلمهم ان ذلك ليس من فنائه وانما حفروا اعتمادا على امره وعلى ان ذلك من فنائه فلدفع
ضرر الغرور ينقل فعلهم الى الامر فصار كانه حفر بنفسه • وصار كما لو امر احدا
بذبح هذه الشاة فذبحها ثم تبين انها لغيره • الا انه يضمن المامور ويرجع على الامر
لان الذابح مباشر والامر مسبب • والاول احق بالضمان ثم يرجع للغرور • وهذا
الضمان يجب على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما متسبب • ثم الاجير غير متعد
والمستاجر متعد فكان احق بالضمان • وان علموا انها في غير فنائه فالضمان على الاجراء
لانهم جناة في الحفر وامره اياهم بالحفر غير معتبر شرعا لانه غير مالك للحفر • وان قال لهم
هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء في القياس
لعلمهم بفساد الامر فلم يوجد الغرور • وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان امره
في فنائه معتبر • فان عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله له ان يحفر في فنائه اذا كان
لا يضر بالمارة وليس لاحد منعه من ذلك • وعند ابي حنيفة رحمه الله يحل له ذلك
فيما بينه وبين ربه ما لم يمنعه مانع • وهذا لان الفناء اسم لموضع اختص صاحب
الملك بالانتفاع به من حيث كسر الحطب وايقاف الدواب والقاء الطين والكناسة
فيه وبناء الدكان فكان امره معتبرا في الحل واستقل فعل الاجير اليه بهذا الامر • فكانه
فعل ذلك بنفسه • ومن وضع خشبة في طريق فتعمد رجل المرور عليها فسقط
فعطب فلا ضمان على صاحبها الذي وضعها • وكذا لو جعل قنطرة على نهر بغير
اذن الامام فمر رجل عليها متعمدا فوقع فعطب فلا ضمان على الذي قنطرها • لان
المار بفعله صاحب علة ولكنه لم تصح نسبة الحكم اليه لكونه مباحا • واذا تعمد
المرور بان كان بصيرا ويجد موضعا اخر للمرور صار متعديا فنسب التلف
اليه دون المسبب وصار كانه اتلف نفسه • فاما اذا لم يتعمد بان كان اعمى
او مر ليلا فيضمن اذا وضعه بغير اذن الامام فاما اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن
واذا حفر رجل بئرا على الطريق فوقع فيها رجل وتعلق باخر وتعلق الاخر باخر
فوقعوا جميعا ووقع بعضهم على بعض فماتوا ولم يدر حال موتهم ففي الاستحسان
وهو قول ابي يوسف رحمه الله • وقيل هو قول ابي حنيفة دية الاول اثلاث
ثلثه على الحافر وثلثه على الثاني وثلثه هدر • لانه ظهر لموته اسباب ثلاثة • وقوعه
في البئر ووقوع الثاني والثالث عليه وليس بعضها اولى من البعض بالاضافة اليه فيكون
ثلث ديته على الحافر وثلثه على الثاني لانه جر الثالث عليه وثلثه هدر لانه هو الذي جر
الثاني على نفسه ودية الثاني نصفان نصفه هدر ونصفه على الاول لانه هو الذي جره
ودية الثالث على الثاني كلها لانه لا سبب لموته سوى جر الثاني اياه الى نفسه • وفي القياس
وهو قول محمد دية الاول على الحافر لان وقوعه في البئر سبب لموته ظاهرا وهو

استواء الأسباب فيضاف إليه، ودية الثاني على عاقلة الأول لأنه الذي جره، ودية الثالث على الثاني
لما بينا وهي على عواقلهم. ومن حمل شيئا وهو يمشي في الطريق فسقط على إنسان فعطب به
ضمن الحامل. وكذا إذا سقط فتعثر به إنسان. وإن كان رداء قد لبسه فسقط
عنه فعطب به إنسان لم يضمن. وهذا اللفظ يشتمل على الوجهين العثور والسقوط،
والفرق بينهما أن حامل الشيء يقصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة،
أما اللابس فلا يقصد حفظ ما يلبسه بل الحفظ فيه تبع فيحرج في التقييد بوصف السلامة
فجعل مباحا مطلقا. وعن محمد رحمه الله أنه إذا لبس ثوبا بزيادة على قدر الحاجة
يضمن إذا سقط عنه وعطب به إنسان لأنه لا تعم به البلوى. مسجد لعشيرة علق
رجل من غير العشيرة فيه قنديلا أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل ضمن،
ولو جعل ذلك رجل منهم لا يضمن. وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا لا يضمن
في الوجهين لأن هذه قربة يثاب عليها الفاعل فلا يضمن كأهل المسجد، وكما
لو كان بإذنهم. وهذا لأن بسط الحصير فيه ونصب القنديل من باب التمكين
من إقامة الصلاة فيه فغير أهل المسجد فيه كأهل المسجد. وله أنه فعل ما ليس في ولايته
فيضمن كما لو حفر بئرا في المسجد لمصالح المسجد فعطب فيها إنسان أو حيوان فإنه
يضمن. وهذا لأن الرأي والتدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله كنصب الإمام والمؤذن
واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه دون غيرهم. ولهذا لو صلى غير أهل المحلة بجماعة
كان لأهل المحلة أن يعيدوها، ولو صلى أهل المحلة لا يكون لغيرهم أن يصلوا
ثانيا بجماعة، فكان فعلهم مباحا مطلقا، وفعل غيرهم مقيدا بشرط السلامة
وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق كما لو تفرد بالشهادة على الزنا
والطريق فيما نحن بصدده الاستئذان من عشيرته. وإن جلس فيه رجل منهم فعطب
به رجل إن كان في غير الصلاة ضمن وإن كان في الصلاة لا يضمن. وهذا عند
أبي حنيفة رحمه الله، وقالا لا يضمن بكل حال. ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو
للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في خلال الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه
لحديث فهو على هذا الاختلاف. وأما المعتكف فقد قيل على هذا الخلاف، وقيل
لا يضمن بالاتفاق. لهما أن المساجد إنما بنيت للصلاة والذكر ولقراءة القرآن والاعتكاف
فكان الجلوس لها مباحا، والمنتظر للصلاة في الصلاة حكما، قال عليه الصلاة والسلام
المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها، والمصلي لا يضمن فكذا المنتظر. ولأن أداء
الصلاة بالجماعة لا يكون إلا بالانتظار فكان من ضرورتها فألحق بها. وله أن المسجد
بني للصلاة وهذه الأشياء تابعة لها فكان الجلوس للصلاة مباحا مطلقا والجلوس
للتوابع مباحا مقيدا أو هو مقيد بشرط السلامة كمن وقف في الطريق ليصلح
بين فئتين فإنه يضمن ما عطب به. وكذا الرمي إلى الكفار أو إلى الصيد مندوب

أو مباح، ومع ذلك إذا أصاب مسلما ضمن، ولا خلاف أنه إذا مشى في الطريق أو في المسجد
فأوطأ غيره أو نام فيه فانقلب على غيره أنه يضمن. وإن جلس رجل من غير العشيرة في الصلاة
فتعقل به إنسان لا يضمن في الصحيح لأن المساجد أعدت لصلاة العامة من غير خصوص
فكان لكل أحد أن يصلي فيه وحده، وإنما المفوض إلى أهل المسجد أمر الصلاة بالجماعة.

فصل في الحائط المائل

وإذا مال الحائط إلى طريق المسلمين فطلب مسلم أو ذمي
من صاحبه نقضه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال،
والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لم يوجد منه صنع هو تعد
وهذا لأنه بنى الحائط في ملكه والسقوط والميلان ليس من صنعه فلا يضمن كما
قبل الإشهاد. وجه الاستحسان أنه إذا مال إلى الطريق فقد شغل هواء الطريق بحائطه
ووقع في يده هواء المسلمين ورفعه في يده، فإذا طولب بالنقض وتفريغ الهواء عن
هذا الشغل لزمه ذلك، فإذا لم يفرغ مع التمكن صار جانيا، وجعل كأنه شغله
ابتداء باختياره كمن وقع في يده ثوب إنسان فإنه لا يكون متعديا بابتداء إمساك الثوب
ولكن لو طولب بالرد ولم يرد صار متعديا بابتداء إمساكه بعد ذلك، كذا هذا، بخلاف
ما قبل الإشهاد لأنه لم يطالب بالتفريغ فهو نظير الثوب إذا هلك في حجره قبل أن يطالبه
صاحبه بالرد. ثم ما تلف به من النفوس تجب الدية على العاقلة لأنه دون الخطأ
في الجناية فأولى أن يستحق التخفيف، وما تلف به من الأموال كالدواب والعروض
يجب ضمانه في ماله لأن العاقلة لا تعقل المال. والشرط الطلب، والإشهاد ليس بشرط
حتى لو طولب بالتفريغ من غير إشهاد ولم يفرغ مع التمكن حتى سقط وتلف به شيء
وهو يقر بالطلب ضمن. وفائدة الإشهاد إمكان إثبات الطلب عند الجحود كما في
الشفيع فالمعتبر في حقه طلب الشفعة ولكن يؤمر بالإشهاد احتياطا لهذا. وذكر الملك
على النقض وملكه من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط لأنه لا بد من مكنة النقض
ليصير جانيا بتركه. وصورة الطلب أن يقول إن حائطك هذا مائل فاهدمه، وصورة
الإشهاد أن يقول الرجل اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه
هذا. ولا يصح الإشهاد قبل أن يهي الحائط لعدم التعدي. ولو بنى الحائط مائلا إلى الطريق
في الابتداء فهو ضامن لما سقط عليه من غير إشهاد لأنه متعد في شغل هواء الطريق
ببنائه، وهذا كإشراع الكنيف وإلقاء الحجر والخشب في الطريق، فإن هذا جناية
بنفسه بدون الطلب والإشهاد. وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم لأن
الثابت بهذا التقدم ما لا يسقط بالشبهة وهو المال لا القتل. وينبغي أن يطالبه
بنقضه مسلم أو ذمي رجل أو امرأة حر أو مكاتب لأن الناس في المرور في الطريق
شركاء، والتقدم إليه يصح عند السلطان وعند غير السلطان لأنه يطالبه بالتفريغ
ولكل واحد حق في الطريق فينفرد بالمطالبة بتفريغه. وإن مال إلى دار رجل فالمطالبة

إلى مالك الدار خاصة لأن الحق له وحده دون غيره. وإن كان فيها سكان فلهم أن يطالبوه
لأن لهم المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل الهواء. ولو أجله رب
الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك سكانها صح ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لأن الحق
لهم. بخلاف ما إذا مال إلى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لأن
الحق لكل الناس فلا يكون لهما إبطال حقهم. وإذا باع الحائط بعد ما أشهد عليه
وقبضه المشتري أو لا برئ من ضمانه لأنه إنما كان جانيا بترك الهدم مع تمكنه
منه وبالبيع زال تمكنه من هدم الحائط فيخرج من أن يكون جانيا. بخلاف إشراع
الجناح لأنه كان جانيا بأصل الوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ كما مر. ولا ضمان
على المشتري لأنه لم يشهد عليه في الهدم فحاله كحال البائع قبل الإشهاد. وإن أشهد
على المشتري بعد شرائه فهو ضامن لتركه تفريغ الطريق بعد ما طولب به مع
تمكنه من ذلك. والأصل أن الإشهاد على الحائط إشهاد على نقضه وأن التقدم
يصح إلى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء. ومن لا يتمكن منه لا يصح
التقدم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار لأنهم لا يتمكنون
من نقضه. فممن يصح التقدم إليه الراهن لقدرته على نقضه بواسطة الفكاك والأب
والوصي. حتى لو مال حائط لصغير فأشهد على أبيه أو وصيه فسقط وأتلف شيئا
فالضمان في مال الصبي لأن الإشهاد على الأب والوصي كالإشهاد على الصبي لأنهما
يقومان مقامه ويملكان هدم الحائط. فصح التقدم إليهما كالتقدم إليه
بعد بلوغه. وهما في ترك الهدم يعملان للصبي فلهذا كان الضمان عليه دونهما
ويصح على أمه أيضا فإن بلغ الصبي أو مات الأب أو الوصي فلان فيه لأن له الولاية
والعبد التاجر سواء كان عليه دين أو لا لتمكنه من هدم الحائط. ثم التالف
بالسقوط إن كان مالا فضمانه في عنق العبد يباع فيه. وإن كان نفسا فعلى عاقلة
المولى لأن الإشهاد من وجه على المولى لأن الحائط ملك المولى إن لم يكن عليه دين
فإن كان عليه دين فالمولى أحق باستخلاصه لنفسه وضمان المال أليق بالعبد
لأنه متعلق الحجر عنه في الكتاب سبب ذلك وضمان النفس بالمولى لأن فك الحجر بالإذن
لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وأحد الورثة في نصيبه والقياس أن لا
يصح هذا الإشهاد لأن أحد الشركاء لا يتمكن من نقض الحائط كما لا يتمكن
من بنائه ولم يوجد التقدم إلى الباقين فلا يصح هذا الإشهاد. وجه الاستحسان
أنه يتمكن من أن يطالب شركاءه ليجتمعوا على هدمه فيضمن هذا الذي أشهد
عليه بحصة نصيبه مما أصابه الحائط. ولو سقط الحائط المائل على إنسان بعد الإشهاد
فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه صاحب الحائط لأنه لم يتركه ولا به
القتيل بل ولاية رفع القتيل لولي القتيل لا لرب الحائط. وإن عطب بالنقض

ضمنه لأن النقض ملكه فكان التفريغ إليه. حائط مائل أشهد عليه فوضع صاحب
الحائط أو غيره عليه جرة فسقط الحائط ورمى الجرة على إنسان فقتله فالضمان على
صاحب الحائط. ولو عثر بالجرة أو بنقضها أحد إن كانت الجرة لغير صاحب الحائط
فلا يضمن أحد أما صاحب الحائط فلأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهادا على الجرة
وأما صاحب الجرة فلأنه لم يوجد الإشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لرب الحائط يضمن لقدرته
على رفعها. حائط مائل لخمسة فأشهد على أحدهم فسقط على رجل فقتله ضمن الذي
أشهد عليه خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته. وإن كانت دار بين ثلاثة
فحفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا بغير إذن صاحبيه فعطب به إنسان فعليه
ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا عليه نصف الدية
في المسئلتين لأن ما تلف بنصيب من أشهد عليه معتبر لأنه صار جانيا. وما تلف
بنصيب من لم يشهد عليه هدر. فلما أهدر البعض واعتبر البعض جعل قسمين
كمن جرحه رجل ولدغته عقرب ونهشته حية وعقره كلب فمات من ذلك
كله فإنه يضمن الجارح النصف كذا هنا. وفي مسئلة البئر النفس تلفت بالحفر
في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين. وله أن العلة ثقل مقدر وعمق
مقدر لأن أصل ذلك ليس بعلة إذ الثقل اليسير والعمق اليسير لا يوجب التلف
بحال حتى يعتبر كل جزء علة فحينئذ تجتمع العلل. وإذا كان كذلك اعتبر الكل
علة واحدة فيضاف الحكم إليها ثم تقسم على أربابها بقدر الملك. بخلاف الجراحات
فإن كل جرح يصلح علة بانفراده صغيرا أو كبيرا إلا أن عند المزاحمة أضيف
إلى الكل لعدم رجحان البعض. مكاتب أشهد عليه في حائط مائل فسقط ضمن
لولي القتيل الأقل من قيمته ومن الدية كما هو حكم جناية المكاتب. فإن سقط الحائط
بعد عتقه فالدية على عاقلته لأنه إنما يصير جانيا عند السقوط فيعتبر حاله وقت
السقوط. فإن عجز ورد في الرق أو باع في الحائط ثم سقط فلا ضمان على أحد لأن
دوام القدرة على الهدم شرط إلى وقت السقوط حتى يصير جانيا عند السقوط
ولم يوجد. ولو أشرع كنيفا ونحوه فباعه أو عتق فسقط ضمن الأقل من قيمته
ومن الأرش لأنه يصير جانيا من وقت الإشراع وفي ذلك الوقت كان مكاتبا
وحكم جناية المكاتب هذا. وإن عجز ورد في الرق يخير المولى بين الدفع والفداء
لأنه زال المانع من الدفع. ولو عثر إنسان بنقض الكنيف يضمن المخرج. وكذا
لو عثر إنسان بهذا القتيل فالضمان على المخرج لأن نفس الإشراع جناية. فما
تولد منه يكون مضمونا عليه بخلاف ما مر. حائط مائل أشهد عليه فسقط على
حائط جاره فهدمه فالجار بالخيار إن شاء ضمنه الحائط أو ترك النقض عليه وإن
شاء أخذ النقض وضمنه النقصان لقيام الحائط من وجه. وما تلف بوقوع الأول

والثاني فعلى مالك الأول. وما تلف بنقض الثاني فهو هدر؛ لأن الثاني لم يشهد عليه
وليس للأول ولاية نقضه. ولو كان الحائط الثاني ملك الأول ضمن لأنه قادر
على نقضه وقد أشهد عليه. حائطان مائلان أشهد عليهما فسقط أحدهما
على الآخر فهدمه فما تلف بوقوع الأول والثاني أو بنقض الأول فعلى مالك الأول
وما تلف بنقض الثاني فهو هدر. سفل وعلو مائلان أشهد عليهما فسقط السفل سفل
ورمى بالعلو على أحد فقتله ضمن صاحب السفل لأن سقوط العلو بواسطة سقوط
السفل. ومن عثر بنقض العلو فهو هدر. عبد نام أو قعد في الطريق ودام
عليه حتى عتق فعثر به أحد ومات فالدية على عاقلة العبد. لأن الدوام فيما يستدام
له حكم الابتداء. وللنوم والقعود دوام فصار كأنه أنشأ النوم والقعود بعد
بعد العتق. والجناية بعد العتق توجب الدية على عاقلته وعاقلته عاقلة المولى.
وإن انكسر رجله ونحوه بالجراح ثم أعتقه سيده ثم عثر به أحد يجب على سيده
قيمته لأن الدوام هنا بغير اختياره. وكان التلف مضافا إلى ابتداء فعله وهو في
حال الرق فصار المولى بإعتاقه مبتدئا فعله فصار كمدبر جنى وعبد حفر بئرا ثم
حرره سيده ثم وقع فيها إنسان. وكذا لو أوقف العبد دابة في الطريق ثم حرره
سيده ثم عثر بها إنسان ومات ضمن السيد قيمة العبد. لأن إيقاف العبد جناية دون
وقوف الدابة ولا دوام للإيقاف فأضيف التلف إلى ابتداء الإيقاف وهو قبل العتق
فصار كما لو أعتق عبدا قد جنى. ولو قمطه رجل عبد الغير وألقاه في الطريق
فما تلف به قبل العتق وبعده فعلى القامط كأنه وضع حجرا في الطريق. بخلاف
ما لو أجلسه من غير قامط لأنه مختار في الجلوس حتى لو أعتقه سيده بعد إجلاسه
فعطب به إنسان يضمن عاقلة سيده. ذهب بنار في ملكه أو ملك غيره فوقع شررها
على ثوب إنسان فاحترق ضمن. وإن حملته الريح وألقته في الثوب لا يضمن لأنه
فعل الريح. فإن وضع جمرا على حائطه فسقط على رجل وأتلفه لا يضمن لأنه غير متعد
في الوضع

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب
ضامن لما أوطأت دابته بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت أو صدمت
ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا. والأصل
أن السير على الدابة في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة بمنزلة المشي. لأن
الحق في الطريق مشترك بين الناس فهو يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من
وجه فأعملناه مقيدا بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين. وإنما يتقيد بشرط
فيما يمكن التحرز عنه. ولأنا لو شرطنا عليه السلامة عما لا يمكن التحرز عنه يتعذر
عليه استيفاء حقه لأنه يمتنع عن المشي والسير على الدابة مخافة أن يبتلى بما لا يمكن أن
يتحرز عنه. والتحرز عن الوطئ وما يشاكله في وسع الراكب إذا أمعن النظر في ذلك

فقيدناه بشرط السلامة عليه. وليس في وسعه التحرز عن النفحة بالرجل والذنب لأن
وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها فلا يتقيد به. حتى لو أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا.
لأنه يمكنه التحرز عن إيقاف الدابة وإن لم يمكنه التحرز عن النفحة فصار متعديا في الإيقاف
وشغل الطريق به والمتعدي في السبب ضامن. وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو
نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا وفقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن. لأن
هذا مما لا يمكن التحرز عنه فسير الدواب لا يعرى عنه. وإن كان حجرا كبيرا ضمن
لأنه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب ينفك عنه. وإنما يكون لحوق منه في
السير. والراكب والرديف والقائد والسائق في الضمان سواء لأن الدابة في أيديهم وهم
يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤوا كذا في المبسوط. وإن راثت أو بالت في الطريق
وهي تسير في الطريق فعطب به إنسان لم يضمن لأنه لا يمكن التحرز عن ذلك فهو
من ضرورات السير. وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك
حتى يقف. وهذا مما لا يستطاع الامتناع منه. وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان
بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا التسبب فهو ممنوع من الإيقاف للدابة خصوصا
إذا كان ذلك يضر بالمارة. وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق
والقائد لأنهما مسببان بتعريف الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما
يمكن التحرز عنه كالراكب. إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو
رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء. لأن القتل إنما حصل بثقله
حين كان هو على الدابة التي أوطأت وثقله اتصل بالقتيل فصار مباشرا بمنزلة الرامي
فأما السائق والقائد فلم يتصل أثر فعلهما بالقتيل. بل فعلهما تسبيب إلى القتل وكذا
الراكب في غير الإيطاء مسبب والكفارة جزاء مباشرة القتيل فلا تجب بالتسبيب
وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الإرث والوصية دون السائق والقائد
لأنه يختص بالمباشرة. وذكر القدوري رحمه الله في المختصر والسائق ضامن
لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها. والمراد
النفحة لأن النفحة بمرأى من السائق فيمكنه التحرز عنه وغائب عن نظر القائد
فلا يمكنه الاحتراز عنه. والصحيح أن السائق لا يضمن النفحة وإن كان بمرأى
عينه لأنه ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه الاحتراز عنه. بخلاف الكدم لأنه
يمكنه كبحها بلجامها. وقال الشافعي رحمه الله كلهم يضمنون النفحة لأن
فعلها يضاف إليهم. ولنا قوله عليه السلام الرجل جبار أي نفحة الرجل. فإن قيل
هي مدفوعة إلى ذلك الفعل بتخويفه فانتقل فعله إليها كما في المكره. قلنا انتقال
الفعل يثبت بتخويف القتل أو تفويت العضو. وهذا تخويف بالضرب وبمثله لا ينتقل
الفعل. ولو كان راكب وسائق قيل يجب الضمان عليهما لأن كل واحد منهما

بسبب الضمان. وقيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر لما مر والسائق مسبب ولا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة كما في الحافر مع الملقي وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر استحسانا. وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية صاحبه وهو القياس. لهما أن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأن الاصطدام فعل يقوم بهما فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما لو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة وكان الاصطدام عمدا. أو حفرا في الطريق بئرا فانهار عليهما. فإنه يجب على كل واحد منهما النصف كذا هنا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه جعل عاقلة كل واحد من المصطدمين دية كاملة لأن كل واحد منهما مدفوع بصاحبه فكأنه أوقعه بيده. وهذا لأن دفع صاحبه إياه علة معتبرة لإتلافه في الحكم. فأما فعل المصدوم فلا يصلح علة معارضة لدفع الصادم لأن فعله مباح لأنه مشي في الطريق بمنزلة من وقع في بئر حفرها رجل في الطريق فإن الضمان يجب على الحافر. وإن كان لولا مشيه وثقله ما سقط في البئر نعم فعل صاحبه مباح أيضا ولكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم إذا انقلب على غيره والفعلان محظوران فيما ذكر من المسائل فاتضح الفرق. هذا إذا كانا حرين في العمد والخطأ. ولو كانا عبدين يهدر الدم في العمد لأنه هلك كل واحد منهما بعد ما جنى بلا خلف. وكذا في الخطأ لأن الأصل في جنايات العبد إذا كانت خطأ الدفع أو الفداء. إذ العبد إذا هلك سقط عنه موجب الجناية وقد فات هنا من عليه فلا يجب على المولى الدفع لعدم المحل ولا الفداء لأنه يعتمد بقاء المحل ولم يوجد. ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر. لأن على أصل أبي حنيفة رحمه الله تجب القيمة على العاقلة. لأنها ضمان الآدمي عنده وقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ولي المقتول. وما زاد على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة. ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه مما يمكن التحرز عنه وإنما سقط لأنه يشد عليها أو لم يحكم فكان إلقاؤها بيده على الطريق. ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير منه إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية. لأن القطار كله في يده من أوله إلى آخره فيضاف إليه فيصير في الحكم كأنه قتله خطأ فيكون ضمان النفس فيه على العاقلة وضمان المال في ماله. وإن كان معه سائق فالضمان عليهما لاستوائهما في السبب وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل. وإن توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن

على

بما هو خلفه ويضمنان ما عطب بين يديه. لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانقطاع الزمام والسائق يسوق ما كان أمامه. فإن ربط رجل بعيرا بالقطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط رجلا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية. لأنه قائد للكل فيكون قائدا لذلك البعير والقود سبب لوجوب الضمان ومع تحقق سبب الضمان منه لا يسقط الضمان بجهله. ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأن الرابط هو الذي أوقعهم في هذا الضمان حيث ربطه بالقطار وهو متعد فيما صنع فصار في التقدير هو الجاني فلذا أوجب الرجوع على عاقلته ولا يجب الضمان عليهم ابتداء وإن كان كل واحد منهما مسببا لأن الربط من القيادة كالتسبيب من المباشرة. ولأن التلف اتصل بالقود دون الربط. قالوا هذا إذا ربط في حالة سير القطار لأنه أمر بالقود دلالة وإذا لم يعلم به كان قرار الضمان على الرابط في حال وقوف الإبل ثم قاد صاحب القطار ضمن القائد لأنه قاد بعير غيره فلا يرجع عليه بما لحقه من الضمان. ومن أرسل بهيمة أو كلبا فكان لها سائقا أو كان خلفها فأصاب شيئا في فوره ضمن لأنه محمول عليه من جهته فأضيف فعله إليه كالمكره يضاف فعله إلى المكره فيما يصلح آلة له. ولو أرسل طيرا أي بازيا وساقه فأصاب في فوره لم يضمن. والفرق أن الكلب يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء. وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل. والفرق أن الكلب عامل باختياره إلا أنه نسب إلى المرسل في حق إباحة الصيد للضرورة. لأن للناس حاجة إلى الاصطياد ولا طريق له سواه. ولا ضرورة في حق الضمان. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا لأموال الناس. وذكر في المبسوط إذا أرسل دابته في طريق المسلمين فما أصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سنن إرساله. وإن عدلت يمينا أو شمالا فلا ضمان عليه لأنها تغيرت عن حالها وأنشأت سيرا باختيارها فكانت كالمنفلتة إلا أن تكون لها طريق غير الذي أخذت فحينئذ يكون ضامنا. وكذا إذا وقفت ثم سارت بنفسها فلا ضمان عليه. لأن حكم فعله قد انقطع بالوقوف. ثم هي انسابت السير باختيارها بعد ذلك فلا تضاف إليه. بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت وأخذت الصيد. لأن تلك الوقفة لتمكنه من الصيد فكانت لتحقيق مقصود المرسل وهذه الوقفة تنافي مقصود المرسل فتنقطع حكم الإرسال. وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره حيث لا يضمن المرسل وفي الإرسال في الطريق يضمنه. لأن الإرسال للاصطياد مباح لأنه لا يمكنه الاتباع. والمتسبب إنما يضمن إذا تعدى. ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا في فورها ضمن المرسل. وإن مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن. لأن سيرها

أما إذا انقطع

مضاف إليها دون صاحبها. ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا
لا يضمن صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وهي المنفلتة. ولأن الفعل
لم يضف إليه لأنه لم يوجد ما يوجب النسبة إليه من الإرسال والسير ونحوهما
ومن فتح باب قفص غيره فطار الطير أو باب اصطبل فخرجت الدابة
وضلت لا يضمن الفاتح لأنه اعترض على السبب فعل فاعل مختار فلم يضف إليه
التلف. وقال محمد رحمه الله يضمن لأن طيران الطير هدر شرعا. وكذا
فعل كل بهيمة فكأنه خرج بلا اختيار فيضمن كما لو شق زق فسال ما فيه.
وقلنا فعل البهيمة لا يعتبر لإيجاب حكم عليها أو على صاحبها. فأما لقطع الضمان
فيعتبر كالدابة جالت بعد الإرسال. شاة لقصاب فقئت عينها ففيها
ما نقصها لأن المقصود اللحم فلا يعتبر إلا النقصان. وفي عين بقرة الجزار
وجزوره ربع القيمة. وكذا في عين الحمار والبغل والفرس. وقال
الشافعي رحمه الله فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة. ولنا ما روي أن النبي
صلى الله عليه وسلم قضى بمثل ما ذكرنا. وهكذا قضى عمر رضي الله عنه. ولأن
الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالأمتعة فيضمن النقصان من غير تقدير.
فأما ما عددناه من البهائم فهي عاملة كبني آدم. ولكنها لا تعمل إلا بعينيها
فأشبه الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب بنصف التقدير الواجب
في الإنسان عملا بهما. ولأنها إنما تعمل بأربعة أعين عيناها وعينا من يستعملها
فكأنها ذات أربعة أعين فيجب الربع لفوات أحدها والمعتمد هو الأول. ألا ترى
أن العينين لا يضمنان بنصف القيمة. وإنما وضع المسألة على هذا الوجه ليتبين أن الكل
وإن كن للحم فالجواب مع ذلك مختلف. وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فنخسها
رجل أو ضربها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب بلغنا ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما. ولأن
الناخس بمنزلة الدافع للدابة الحامل لها على ما فعلت والراكب كالمدفوع مع الدابة
بالنخس فأضيف فعل الدابة إليه. ولأن الناخس متعد في تسببه والراكب غير
متعد فيضمن المتعدي. حتى لو كان واقفا على دابته على الطريق كان الضمان
على الراكب والناخس نصفين لكونه متعديا في الإيقاف أيضا. وإن نفحت الناخس
كان دمه هدرا لأنه بمنزلة الجاني على نفسه لنخسه. وإن ألقت الراكب من تلك
النخسة فقتلته فديته على عاقلة الناخس لأنه في نخس الدابة متسبب لإلقاء الراكب
فهو متعد في ذلك التسبب فيضمن. ولو وثبت من نخسه على رجل فقتلته أو
أوطأت رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لأنه متعد في
التسبيب فيجعل كالمباشر في حكم الضمان. والواقف في ملكه والذي يسير سواء.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله أنه إذا أوطأت رجلا فالدية على
الراكب والناخس نصفين لأنه إنما تلف بثقل الراكب ووطء الدابة مضاف إلى الناخس
فيضمنان. وإن نخسها بإذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان
عليه في نفحتها لأن الراكب له ولاية نخس الدابة فإذا أمر غيره بما يملك مباشرته جعل
فعل المأمور كفعل الآمر. ولو نخسها بنفسه لم يكن عليه ضمان في نفحتها بالرجل
والذنب لأن ذلك لا يستطاع الامتناع عنه فهذا مثله. ولو وطئت رجلا في سيرها
وقد نخسها الناخس بإذن الراكب فالدية عليهما إذا كانت في فورها الذي نخسها لأن
سيرها في تلك الحالة مضاف إليهما فما حدث عن ذلك يكون ضمانه عليهما. وهذا لأن
الناخس بمنزلة السائق للدابة بإذن الراكب وضمان ما أوطأت على السائق والراكب نصفين.
فإن قيل إنه متى نخس بإذنه ينبغي أن لا يضمن لأنه لم يبق متعديا حيث نقل فعله
إلى الراكب. قلنا إذنه إنما يصح من حيث إنه سوق لا من حيث إنه إتلاف فيقتصر عليه
فكان متعديا. فإن قيل الراكب صاحب علة إذ الركوب علة الوطء والناخس
صاحب شرط في حق فعل الوطء وإضافة الحكم إلى العلة أولى من إضافته إلى الشرط. قلنا
إنما تترجح العلة على الشرط إذا كان شرط علة أخرى فلا يترجح صاحب العلة. ألا ترى
أن من جرح إنسانا ثم سقط المجروح في بئر حفرها غيره على الطريق فمات تجب الدية
عليهما. وإن كان أحدهما صاحب علة والآخر صاحب شرط. لأن الحفر شرط علة
أخرى دون الجرح فكذا هنا الركوب وإن كان علة للوطء فالنخس بمنزلة علة العلة.
فالحكم لا يمتنع إضافته إلى علة العلة مع كونه مضافا إلى حقيقة العلة. فلهذا تجب الدية
على عاقلتيهما. ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الإيطاء لأنه فعله بأمره
فيرجع بما لحقه من العهدة عليه. وقيل لا يرجع وهو الأصح لأنه لم يأمره بالإيطاء
والنخس ينفصل عنه. والتلف إنما حصل بالوطء. وصار كما لو أمر صبيا يستمسك
على الدابة بسيرها فوطئت إنسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فإنهم لا يرجعون
على الآمر لأنه أمره بالتسيير والإيطاء منفصل عنه. فكذا إذا ناوله سلاحا
فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر. ثم الناخس إنما يضمن إذا كان الوطء في فور
النخس فإن لم يكن في فورها فالضمان على الراكب دون الناخس لأن أثر فعله
قد انقطع بمضي ذلك الفور فعادت إلى ما كان قبل النخس. ومن قاد دابة
فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت في فورها شيئا فضمانه على الناخس
لأن الانفلات أثر فعل الناخس وهو شرط التلف. وكذا إذا كان لها سائق
فنخسها غيره لأنه مضاف إليه. وإن كان الناخس عبدا فالضمان في رقبته
العبد يدفع أو يفدى كجنايته بيده. وإن كان الناخس صبيا فهو كالرجل في أن ضمان
الدية يجب على عاقلته لأنه يؤاخذ بأفعاله كالبالغ. كذا في شروح المبسوط

وقوله في الهداية وإذا كان صبيًا ففي ماله يحتمل أن يراد به إذا كانت الجناية على المال أو فيما دون أرش الموضحة. وإن مرت الدابة بشيء وقد نصب في الطريق فنخسها ذلك الشيء فنفحت إنسانًا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء في الطريق وكأنه نخسه كنخس من نصبه.

باب جناية المملوك والجناية عليه

الأصل أن جناية المملوك وإن كثرت لا توجب إلا دفعًا واحدًا إذا كان محلًا للدفع. وإن لم يكن محلًا للدفع فلا يوجب إلا قيمة واحدة. فإذا جنى العبد جناية خطأ فمولاه بالخيار إن شاء دفعه بها فيملكه ولي الجناية، وإن شاء فداه بالأرش وأمسك عبده عندنا. وقال الشافعي رحمه الله جنايته تكون دينًا في رقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش. وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق فعندنا إذا أعتقه المولى بعد العلم بالجناية كان مختارًا للفداء. وعنده لا يطالب المولى بعد العتق بل يطالب العبد. والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس رضي الله عنهما مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه. له أن الأصل أن ضمان الإتلاف يجب على المتلف لأنه الجاني إلا أن العاقلة تتحمل عنه تخفيفًا ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندهم بالقرابة ولا قرابة بين العبد وسيده فتجب في ذمته كما في الدين. ولأن ضمان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة ضمان المال فيكون واجبًا في ذمته ثم الدين في ذمة العبد يكون شاغلًا لمالية رقبته فيباع فيه إلا أن يقضي المولى دينه كذا هاهنا. ولنا أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني إذا أمكن كما في العمد لأن استحقاق النفس قد يكون بطريق الإتلاف عقوبة. وقد يكون بطريق التمليك جبرًا والحر من أهل أن يستحق نفسه عقوبة لا بطريق التملك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجني عليه تحقيقًا للصيانة عن الهدر إلا أن يختار المولى الفداء فيكون له ذلك. ولأن مقصود المجني عليه يحصل به لوجود بدل المتلف فيه بكماله. بخلاف إتلاف المال فإنه لا يستحق به نفس المتلف بحال. ولأن الأصل في موجب جناية الخطأ أن يتباعد عن الجاني لكونه معذورًا وكون الخطأ موضوعًا شرعًا ويتعلق بأقرب الناس إليه وهي العاقلة تخفيفًا على المخطئ وتفاديًا عن الإجحاف به. إلا أن عاقلة العبد مولاه. لأن المملوك يستنصر بمولاه ويزداد قوة وجاهًا كما أن الحر يستنصر بعاقلته. والأصل في العاقلة عندنا التناصر حتى يجب على أهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى. بخلاف الذمي لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة له فتجب في ذمته ضرورة صيانة الدم عن الهدر. وبخلاف الجناية على المال لأن العاقلة لا تعقل المال إلا أنه لا يلزمه حتمًا فربما لا يقدر على ذلك لأنه واحد كالجاني. بخلاف العاقلة لكثرتهم فخير بين الدفع والفداء تخفيفًا

وصيانة له عن الاستئصال. ثم الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح حتى يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة. بخلاف موت الجاني الحر لأن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء. وصار كالعبد في صدقة الفطر فإنه لا يسقط صدقة الفطر عن المولى بموته لأنه لم يتعلق الاستيفاء به. وإن دفعه ملكه ولي الجناية إذ المعني بالدفع هو الدفع بجهة التملك وإن فداه فداه بأرشها لأن حقه فيه وكل ذلك يلزمه حالًا. أما الدفع فلأن التأجيل في الأعيان لا يصح لأنه للتحصيل والعين حاصل. وأما الفداء فلأنه بدل عن العبد وإن كان مقدرًا بالتلف حتى سمي فداء فكان حالًا. لأن للبدل حكم المبدل. وأيهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية. أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط. وأما الفداء فلأن حقه في الأرش فإذا أوفاه سلم العبد له. فإن لم يختر شيئًا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لأن حقه متعلق برقبته وقد فات فبطل الحق لفوات محله. وإن مات بعدما اختار المولى الفداء لم يبرأ بموت العبد لأن الحق قد تحول من رقبته إلى ذمة المولى فلا يبطل بموت العبد. فإن جنى بعده أخرى كان حكم الجناية الثانية حكم الجناية الأولى أي بعد الفداء لأنه لما طهر بالفداء من الجناية الأولى صار كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية. وإن جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر أرش جنايتيهما وإما أن تفديه بأرش كل واحدة منهما. لأن تعلق الجناية الأولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية بحق ولي الجناية الأولى وهو أدنى أولى أن لا يمنع وإنما يقسم بينهما على قدر أرش جنايتيهما لأن المستحق إنما يستحقه عوضًا عما فاته فلا بد من أن يقسم على قدر المعوض فإن كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع بقدر حصصهم وإن فداه فداه بجميع أروشهم لما بينا. ولو قتل إنسانًا وفقأ عين آخر دفع العبد أثلاثًا لأن الاستحقاق بقدر الحق وأرش العين نصف أرش النفس. وعلى هذا حكم الشجاج فيدفع إليهم ويقسم بينهم على قدر جناياتهم وللمولى أن يفدي بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به من العبد. لأن الحق لكل واحد في مقدار جنايته ولا تعلق للبعض. بخلاف العبد إذا قتل رجلًا خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء من أحدهما والدفع إلى الآخر يدفع حصته حيث لم يكن له ذلك لأن الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول أولًا ثم للوارث بطريق الخلافة عنه فلا يمكن التفريق في الجناية المتحدة بين موجبيها. وهنا الجنايات مختلفة لاختلاف أسبابها. وإن أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها لأنه فوت عليه الدفع فيضمنه قيمته. وإنما يضمن الأقل لأن حقه في أقلهما ولم يصر مختارًا للفداء.

لان الاختيار بدون العلم لا يكون. وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش
لانه فوت الدفع باعتاقه فصار مختارا للفداء ضرورة الاقدام عليه. وعلى هذا البيع
والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك يمنع الدفع لزوال الملك به. وكذا لو كانت
الجناية فيما دون النفس فان كان يعلم فقد صار مختارا للارش وان كان لا يعلم
فعليه الاقل من الارش ومن القيمة. ولو قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته
فانت حر فقتل شيئا من ذلك فهو مختار للفداء اي يكون على المولى دية القتيل. وقال
زفر رحمه الله لا يصير مختارا للفداء وعليه قيمة العبد لانه لا جناية وقت التعليق
وبعد الجناية لم يوجد من المولى فعل يدل على الاختيار فلا يلزمه حكم الاختيار.
ولكنه اتلف مالية العبد بعد تعلق حق المجني عليه فيلزمه القيمة. ولنا ان المعلق
بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط وقد علق عتقه بالجناية فصار كما لو اعتقه
بعد الجناية. ولهذا لو قال لامرأته في صحته ان مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض
فمات منه طلقت ثلاثا وصار فارا كانه طلقها ثلاثا بعد المرض. وكذا لو قال
لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك صار موليا من وقت الدخول بخلاف
ما لو علق الطلاق والعتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط
~~وقد علق عتقه بالجناية فصار كما لو اعتقه بعد الجناية ولهذا لو قال لامرأته~~
~~في صحته ان مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض فمات منه طلقت ثلاثا~~ وثبت العتق
والطلاق فانه لا يحنث في يمينه لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع منه
اذ اليمين للمنع او للحمل فلا يمكنه الامتناع عنه لا يدخل تحته. ولانه متى علق عتقه بالجناية
مع علمه ان العتق محبوب العبد يتسارع الى تحصيل الشرط لنيل محبوبه ويعجز
عن الدفع عند ذلك يكون اختيارا للفداء منه ضرورة. فان كانت جناية
العبد مما يتعلق به القصاص بان قال ان ضربته بالسيف فانت حر فلا شيء على المولى
لا القيمة ولا الدية لان الواجب هو القصاص على العبد وذا لا يختلف بالرق والحرية
فلم يصر المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية فلهذا لا يلزمه شيء. ولو اقر مولى الجاني
بعد العلم بالجناية ان العبد لفلان فهو اختيار للفداء عند زفر رحمه الله لان العبد
كان ملكه في الظاهر وقد استحقها باقراره فصار كما لو باعه منه وعندنا
لا يكون مختارا لانه لم يفت على صاحب الحق الدفع اليه لانه ان كذبه المقر له
في الملك بطل اقراره وخير بين الدفع والفداء لبقائه على ملكه وان صدقه واخذه
خير المقر له بين الدفع والفداء لان الجناية من عبده. ولو باعه بشرط الخيار للمشتري
فهو اختيار لان فوات الدفع يكون بزوال ملك البائع وقد وجد بالاجماع
وان اختلفوا في ثبوت الملك للمشتري. ولو كان الخيار للبائع فنقض البيع
لم يكن اختيارا لان الدفع لم يفت. ولو عرضه على البيع او اجره او رهنه لم يكن اختيا[را]

لان الدفع

لان الدفع ممكن اما في العرض فظاهر وكذا في غيره لنسخ الاجارة وفك الرهن.
وقال زفر رحمه الله هو اختيار للفداء لان هذه الاشياء دلالة الاختيار للامساك.
ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان زوال الملك متعلق به. ولو كاتبه
كتابة فاسدة فهو مختار بنفس العقد بخلاف ما لو وهبه له لان المجني عليه
له اخذه بغير عوض وهو مستحق في الهبة فوقعت موقع الدفع بخلاف البيع. ولو
امر المولى المجني عليه بان يعتقه فاعتقه صار المولى مختارا ان كان عالما بالجناية
لان فعل المامور مضاف الى الامر. ولو ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم بالجناية
فهو مختار لانه حبس عنه جزءا من العبد فصار كما لو حبس الكل. وهذا لان حق
ولي الجناية يثبت في كل جزء منه وهو لا يحتمل التجزي في الدفع بالجناية فامتناع
الدفع في جزء منه كامتناع في كله لان دفع الكل من جنس البعض لا يتصور
وان كان لا يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الارش. وان كانت امة وهي بكر
فوطئها فهو مختار وان لم يكن معلقا لانه فوت جزءا حقيقة بخلاف التزويج لانه
عيب حكمي. وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا يوجب نقصان العين من
غير اعلاق. وعن ابي يوسف رحمه الله انه يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان
دليلا على امساك العين. ولا يصير مختارا بالاستخدام لانه لا يختص بالملك فكان
دليلا على امساك العين ولهذا لا يبطل به خيار الشرط. ولا بالاذن في التجارة
وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت عليه الدفع ولا يوجب نقصانا ولكن
الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان
لولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته. عبد قطع يد حر عمدا
فدفع العبد اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه المدفوع اليه ثم مات من اليد
فالعبد صلح بالجناية. وان لم يعتقه رد العبد على سيده ويقال للاولياء اما
ان تقتلوا او تعفوا. ووجهه انه اذا لم يعتقه وسرى ظهر ان الصلح كان
باطلا لان الصلح وقع عن المال لدية اليد والقصاص لا يجري بين الحر والعبد في الطرف
وبالسراية ظهر ان الدية غير واجبة وان الواجب هو القود فكان الصلح باطلا لان
الصلح لا بد له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل
لا يورث شبهة كما لو وطئ المطلقة ثلاثا في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فانه
لا يصير شبهة في درء الحد فوجب القصاص. واما اذا اعتقه فقد قصد صحة الاعتاق
ضرورة لان العاقل يقصد بتصرفه تصحيحه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية
وما يحدث منها فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء مع العبد مقتضى
الاقدام على الاعتاق والمولى يرضى بالمصالحة عن ذلك لانه اذا كان مصالحا
مع العبد عن الجناية فلان يكون مصالحا معه على العبد عن الجناية وما يحدث منها اولى.

فانعقد بينهما صلح على الجناية وما يحدث منها ابتداء الا عتاق وإذا لم يعتقه لم
يوجد الصلح ابتداء لأنه لم يوجد دلالته والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد
على المولى وللأولياء القتل والعفو. وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع
يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده ثم
مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رد على مولاه. وقيل للأولياء
إما أن تقتلوا وإما أن تعفوا. فاتفق الجواب واختلف السؤال. فإن قيل إن بطل
الدفع في الموضع الأول والصلح في الموضع الثاني بالسراية فلم لا تورث الصورة والظاهر
شبهة في درء القود. قلنا الدفع تصرف مبتدأ بل هو تسليم للواجب فإذا بطل الواجب
بطل التسليم أصلا فلا يبقى ما يصلح شبهة فيجب القود. وأما مسألة الصلح فمشكل على
قول أبي حنيفة رحمه الله فإنه إذا عفى عن اليد ثم سرى إلى النفس حيث لا يجب القصاص
ثم وههنا قال يجب القصاص فقيل ذكر ههنا جواب القياس وما ذكر في مسألة
العفو جواب الاستحسان فيكون الوضعان على القياس والاستحسان. وقيل إن
بينهما فرقا. ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا يبطلها لأن الصلح
عن الجناية استيفاء للجناية معنى لأنه استيفاء بدلها. وإذا تقررت الجناية يتوفر
عليها العقوبة وهو القصاص. وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القتل وإن
بطل بالسراية إلى النفس ولكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو إذ الصورة تعمل
عمل الحقيقة في درء العقوبات. وإذا جنى العبد المأذون المديون جناية خطأ
فأعتقه سيده ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية
لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد. ولأن حق
ولي الجناية في نفس العبد بأن يدفع العبد إليه وحق رب الدين في بيعه بدينه
فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع
إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف. ولو قتل أجنبي هذا العبد
لا يغرم إلا قيمة واحدة للمالك ثم يدفعها المولى إلى الغرماء. لأن ملك المولى في رقبته
باق فالبدل له أيضا فيضمن الأجنبي للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق
الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لأنه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق ثم
الغريم أحق بتلك القيمة لأن القيمة مالية العبد والغريم مقدم على المولى فيها
لأن الواجب أن يدفع إليه ثم يباع له فكان مقدما معنى والقيمة هي المعنى
فتسلم إليه. وفي الفصل الأول التعارض بين الحقين والحقان مستويان فيظهران
فيضمنهما. مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها في الدين. وإن جنت
جناية ثم ولدت دفعت ولم يدفع ولدها. والفرق أن الدين متعلق برقبتها
لأن الدين عليها وهو وصف حكمي فيها فيسري إلى الولد لأن الصفات الشرعية

الثابتة بالأمهات تسري إلى الأولاد كالملك والرق. وأما الدفع بالجناية فواجب
في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فقبل الدفع
كانت رقبتها خالية عن حق ولي الجناية فلذلك لم يجب القول بالسراية.
وإذا كان الرجل عبد فزعم رجل أن مولاه أعتقه ثم إن هذا العبد قتل وليا
لهذا الزاعم خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى ديته
على عاقلته وأبرأ العبد والمولى فلزمه ما أقر به ولم يصدق على العاقلة بلا حجة. عبد
أعتق فقال لرجل قتلت أخاك وأنا عبد وقال ذلك الرجل قتلته وأنت حر
فالقول للعبد بالإجماع. وكذا لو قال لسيده بعد عتقه أخذت مالك
أو قطعت يدك وأنا عبدك وقال السيد لا بل فعلت بعد العتق فالقول
للعبد بالإجماع لأنه أنكر وجوب الضمان لما أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان
وهذا لأن الوجوب في جناية العبد على المولى دفع أو فدى. ولا يتصور وجوب
الضمان في قتل الخطأ على العبد في حال رقه بحال. ولو قال لحربي أسلم أو لمعتقه
أخذت مالك أو قطعت يدك وأنت حربي أو عبدي وقال المقر له كنت
مسلما أو معتقا حقيقيا فالقول للمقر له. ويضمن المقر عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله القول للمقر ولا يضمن إلا شيئا بعينه فإنه يؤمر
برده إلى المقر له. وهذا لأنه منكر الضمان لإسناد الفعل إلى حالة معهودة منافية
للضمان فكان القول له كما في الوطء والغلة. فإن قال لمعتقه وطئتك
وأخذت منك الغلة وأنت أمتي وقالت لا بل فعلت ذلك بعد العتق فإن
القول قول المولى ولا يضمن كذا هذا. بخلاف الشيء القائم في يد المقر لأنه
متى أقر أنه أخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر فكان القول للمنكر
فلهذا أمر بالرد. ولهما أنه أقر بسبب الضمان في الجملة لأن قطع يده وهو الأخذ
أو القطع ولم يسنده إلى حالة تنافي الضمان لا محالة. لأن قطع يد عبد نفسه أو أخذ
ماله يسبب الضمان على المولى في الجملة. لأن قطع يده في حال الرهن أو أخذ ماله في حال
كونه مديونا. وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن بل صار مدعيا
براءة نفسه عن الضمان بعدما أقر بسبب الضمان فلا يصدق إلا بحجة كما في مسألة
فقء العين كما يأتي بعده. بخلاف الوطء والغلة لأن ذلك لا يضمن في حال
الرق بحال فإن وطئ المولى أمته المديونة أو المرهونة لا يوجب العقر. لأن حق الغرماء
لم يتعلق بمنافع بضعها لأنها ليست بمال. وكذا أخذ من غلتها. وإن كانت
مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية
للضمان فكان منكرا بالإسناد إليها. الوكيل المعزول إذا قال بعته قبل العزل
وسلمته. وقال الموكل لا بل بعته وسلمته بعد العزل يكون القول للموكل.

وكذا الوصي إذا قال بعد بلوغ الصبي أنفقت عليك من مالك نفقة المثل وقال
الصبي لا بل استهلكت مالي فالقول للصبي لما قلنا ۰ ولو قال البالغ العاقل
طلقت امرأتي أو أعتقت عبدي أو بعت داري وأنا صبي أو مجنون وجنونه
معهود كان القول قوله لما بينا ۰ ولو قال فقأت عينك اليمنى وعيني
تلك صحيحة فذهبت وسقط القود وقال المقر له بل فقأت عيني وعينك ذاهبة
ولي عليك الأرش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الأرش لأن الفقء حصل مضمونا
سالمهما ۰ لأن الفاقئ يدعي البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله ۰ ولو اشترى
عبدا أو قبضه فقال رجل قطعت يده قبل شرائك وقال المشتري قطعته بعد شرائي
فالقول للمشتري ۰ لأن العبد بكل أطرافه له فكان ضمان طرفه له فكان الظاهر
شاهدا له ۰ وقد أقر بوجوب الضمان على نفسه فلا يصدق في التحويل على البايع
رجل أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي في ثلاث سنين
لوجود المباشرة منه وعمده وخطاؤه سواء لقصور في عقله وقصده ۰ ثم
عاقلة الصبي يرجعون على عاقلة الآمر بما عقلوه لوجود التسبيب من الآمر بوصف
التعدي ۰ إذ لولا أمره لما تجاسر الصبي على القتل لضعف قلبه ۰ وكذا لو كان
الآمر عبدا محجورا أو صبيا أو مكاتبا وهو صغير أو كبير ۰ إلا أنه لا يرجع على
الصبي الآمر أبدا لقصور الأهلية ۰ ويرجعون على الآمر بعد عتقه لكمال أهليته
وعلى المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدية ۰ لأن هذا حكم جناية المكاتب كما لو كان
المأمور هنا عبدا محجورا ۰ ولو كانا محجورين خوطب سيد القاتل بالدفع
أو الفداء ورجع بعد العتق لا في الحال لأن الأمر قول وقول المحجور غير معتبر
فلا يؤاخذ في الحال ولكن يؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى ۰
وإنما يرجع بعد العتق بالأقل من الفداء أو قيمة العبد لأنه مختار في دفع الزيادة لا
مضطر ۰ وهذا إذا كان الآمر كبيرا ۰ فإن كان صغيرا لا يؤخذ بعد العتق
أيضا ۰ لأن قول الصغير غير ملزم بحال وهذا إذا كان القتل خطأ ۰ وكذا
لو كان عمدا أو العبد القاتل صغيرا ۰ لأن عمده خطأ ۰ فإن كان كبيرا يجب القصاص
ولو كان الآمر والمأمور مكاتبين يجب الضمان على القاتل ولا يرجع على الآمر ۰ ولو
كانا مأذونين يرجع بالأقل لأن هذا ضمان غصب وهو كضمان التجارة لأنه يملك
المضمون بأداء الضمان ۰ والمأذون يؤاخذ بضمان التجارات وفي المكاتب تعذر
أن يجعل ضمان غصب لأنه حر من وجه فلا يكون محلا للغصب ۰ عبد قتل
رجلين عمدا ولكل واحد وليان فعفى أحد وليي كل واحد منهما فالمولى
يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ۰ لأن الرقبة بحكم العقود
صارت بينهم لكل واحد ربعه ۰ فإذا عفى اثنان بطل حقهما فبقي حق الآخرين

في النصف

في النصف فلذا قيل له ادفع النصف ۰ وأما الفداء فقد كان بعشرين ألفا فلما عفى
اثنان بطل حقهما فبقي حق كل من الباقيين في خمسة آلاف فلذا فداه بعشرة آلاف
إن شاء ۰ فإن قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفى أحد وليي العمد فإن فداه
المولى فداه بخمسة عشر ألفا ۰ عشرة آلاف لوليي الخطأ وخمسة آلاف لأحد وليي العمد
الذي لم يعف ۰ لأن نصف الحق بطل بالعفو فبقي النصف وصار مالا فيكون خمسة
آلاف ۰ ولم يبطل شيء من حق وليي الخطأ فكان حقهما في كل الدية عشرة آلاف
وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه للذي لم يعف من وليي العمد
عند أبي حنيفة رحمه الله بطريق العول ۰ فيضرب هذا بالكل وذا بالنصف ۰ لأن
حقه في النصف وحقهما في الكل فصار كل نصف بينهما ۰ فصار حق وليي الخطأ
في سهمين وحق غير العافي في سهم فيقسم بينهما أثلاثا ۰ وعندهما يدفعه أرباعا عا
بطريق المنازعة ۰ ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لأحد وليي العمد ۰ لأن النصف سلم
لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف ۰ ولهذا
يقسم أرباعا ۰ كالمدبر ۰ أي إذا قتل مدبر رجلين أحدهما عمدا والآخر خطأ وللعمد
وليان فعفا أحدهما بطل نصيبه وانقلب نصيب الآخر مالا فدفع المولى قيمة عبده
تقسم القيمة أثلاثا عنده ۰ وعندهما أرباعا بطريق المنازعة ۰ وكالغرماء ۰ أي إذا
اجتمعت الديون المتفاوتة في التركة وضاقت عن الوفاء تقسم التركة بين أرباب
الديون أثلاثا بطريق العول إجماعا ۰ حتى لو مات رجل وترك ألفا ولرجل عليه ألف
ولآخر عليه ألفان فالألف المتروك يقسم بينهما بطريق العول والورثة والوصية
بثلث وربع والإجارة والاستسعاية والمحاباة والوصية بالمرسل والعين فالقسمة
في هذه المسائل عولية إجماعا ۰ ومأذون لهما أدانه أحدهما ألفا وأجنبي ألفا فبيع
بألفين ومات وتركه فعنده عولية وعندهما نزاعية ۰ وعبد أو مدبر
قتل حرا خطأ وفقأ عين آخر ودفع العبد أو قيمة المدبر لهما يقسم عندهم بينهم
أثلاثا عولية ۰ وأم سيدها أو رجلا آخر عمدا ولكل واحد منهما وليان فهي ولد قتلت ع
تقتل بهما ۰ فإن عفى أحد وليي كل واحد منهما معا سقط نصيب العافيين وانقلب
نصيب غير العافيين مالا وتسعى في نصف قيمتها لغير العافيين ۰ وإن عفى أحد
وليي المولى أولا ثم عفى أحد وليي الأجنبي أو بالعكس سعت لشريك العافي أولا
في أربعة من اثني عشر ۰ ولشريك العافي الثاني في خمسة من اثني عشر وسلم لها
ثلاثة ۰ وهذا لأنه إذا عفى أحدهما قبل صاحبه انقلب نصيب شريكه مالا وهو
نصف القيمة ۰ لأن حق كل قتيل في حق القصاص فكان حق كل واحد من وارثيه
نصف القصاص فإذا انقلب مالا كان حقه في نصف القيمة ۰ فلو انتقص عن
ذلك فإنما ينتقص بحكم المزاحمة ولا مزاحمة هنا ۰ لأن حق الآخرين في القصاص فلهما

ان يصلاها. فلما عفى احدهما ايضا بطل نصيبه وانقلب نصيب شريكه مالا وحقه في نصف
القيمة شايعا فيكون نصفه في النصف الفارغ من القيمة ونصفه في النصف المشغول
منها فيكون بينهما على قدر حقيهما. فلهذا كان عليها السعاية في ثلثة اثمان باع قيمتها
ثم اختلفوا في كيفيته قسمه ثلاثة الاثمان باع. فقال ابو حنيفة رحمه الله تقسم
بطريق العول. ووجهه ان يقول اجتمع في النصف المشغول حقان حق شريك
العافي اولا وهو في جميع ذلك النصف. وهو شريك العافي آخرا وهو في نصف ذلك
النصف. وهو الربع فيقسم ذلك النصف بينهما بطريق الضرب على ثلثة اسهم
فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه ثلث واقله اثنا عشر وربعه ثلثة
سالم لام الولد وربع آخر لشريك العافي آخرا تبقى ستة ثلثه وهو اثنان لشريك
العافي آخرا فصار له جميعا ثلثا النصف وذلك ان بعة لشريك العافي اولا وذلك
سدسان. وقالا بطريق المنازعة والمسئلة من ثمانية لانا نحتاج الى حساب
ينقسم ربعه نصفين واقله ثمانية فسلم لها ربعه وهو اثنان وربع آخر سلم
لشريك العافي اولا بلا منازعة بقي ربع يتنازعان فيه فيكون بينهما نصفين
فصار لكل واحد ثلاثة اثمان القيمة وهو ثمنان لا نزاعا. كفضولي باع
دارا من رجل ونصفها من آخر واجيز البيعان فالقسمة نزاعية عندهم. ثلاثة
ان باعها المشتري الكل وربعها المشتري النصف. ومسئلة السيف بان اوصى
لرجل بسيف قيمته مائة ولآخر بسدس ماله وله خمسمائة سوى السيف فلصاحب
السدس سدس خمسمائة. ولصاحب السيف خمسة اسداس السيف. وسدس
السيف بين صاحب السيف وبين صاحب السدس نصفين عنده لانه اجتمع
في السيف وصيتان وصية بكل السيف ووصية بسدسه. والقسمة عنده نزاعية
فجعلنا السيف على ستة لحاجتها الى السدس ولا منازعة لصاحب السدس فيما وراء
السدس فتسلم خمسة اسداس السيف للموصى له بالسيف بلا منازعة فبقي سهم
واستوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين. فصار السيف على اثنا عشر
سهما لصاحب السيف وسهم لصاحب السدس. واذا صار السيف وقيمته مائة
على اثنا عشر صار خمسمائة على ستين فيكون لصاحب السدس منه السدس وذلك
عشرة اسهم وصار كل المال اثنين وسبعين وقد نفذت الوصية في اثنين
وعشرين لكل واحد منهما احد عشر وهو اقل من الثلث لان الثلث اربعة وعشرون
وعندهما عولية فيضرب صاحب السيف بكل السيف وصاحب السدس
بسدس السيف فيصير على سبعة. واذا صار السيف وقيمته مائة على سبعة صارت
خمسمائة على خمسة وثلاثين كل مائة سبعة وليس لخمسة وثلاثين سدس
صحيح. فاضرب كل المال وذلك اثنان واربعون في ستة فيصير مائتين واثنين

وخمسين

وخمسين السيف من ذلك اثنان واربعون لصاحب السدس سبعه ستة والباقي
لصاحب السيف وهو ستة وثلاثون وباقي المال مائتان وعشرة. فللموصى له السدس
سدسه وهو خمسة وثلثون. فصارت سهام الوصايا سبعة وسبعين وهو اقل
من ثلث المال لان ثلث المال اربعة وثمانون. واذا كان كذلك فلا عبرة للاجازة
وعدمها. وان كان اوصى مع هذا بثلث المال لآخر فقد اجتمع في السيف ثلاث
وصايا وصية بالكل ووصية بالثلث ووصية بالسدس. والقسمة عنده نزاعية
ولا نزاع لصاحب السدس والثلث فيما زاد على اربعة ثلثا السيف فتسلم لصاحب
السيف وبقي ثلث السيف سهمان ولا نزاع لصاحب السدس فيما زاد على السدس
وهو السدس ايضا فلصاحب الثلث فيه منازعة. فيقسم ذلك السدس بين صاحب
السيف وصاحب الثلث نصفين فصار السدس على سهمين وجميع السيف على
اثنا عشر ضرورة التضعيف. بقي السدس وذلك سهمان واستوت منازعتهم فيه
فيقسم بينهم اثلاثا. وليس للسهمين ثلث صحيح. فيضرب اصل المال وهو اثنا عشر
في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين. ثلثاه لصاحب السيف وهو اربعة وعشرون وسدس
ستة وهو بين صاحب الثلث وصاحب السيف نصفين لكل واحد منهما
ثلثة. وهو السدس الباقي وهو ستة بينهم اثلاثا لكل واحد منهم سهمان فحصل
لصاحب السدس سهمان ولصاحب الثلث خمسة ولصاحب السيف تسعة وعشرون.
واذا صار السيف وقيمته مائة على ستة وثلاثين صار كل مائة من خمسمائة على
ستة وثلاثين. وصار الخمسمائة على مائة وثمانين لصاحب الثلث ثلثه ستون
ولصاحب السدس سدسه ثلاثون. فحصلت سهام الوصايا مائة وستة وعشرين
وكل المال مائتان وستة عشر وكانت سهام الوصايا اكثر من الثلث فان اجازت
الورثة تقسم كذلك. وان لم يجيزوا جعل الثلث على قدر سهام الوصايا وذلك
مائة وستة وعشرون. وكل المال ثلثمائة وثمانية وسبعون وثلثا المال مائتان
واثنان وخمسون والسدس والسيف سدسه فيكون ثلثة وستين فيدفع اليهم
جميعا من الثلث ما كنا ندفع عند الاجازة من كل المال. وقد دفعنا الى صاحب
السيف تسعة وعشرين كله من السيف فندفع الآن كذلك وقد دفعنا
الى صاحب الثلث من السيف خمسة. والى صاحب السدس من السيف سهمين
فندفع الآن كذلك ويكون المبلغ ستة وثلثين وحظ الورثة من السيف
سبعة وعشرون. وعندهما عولية فيضرب صاحب السيف بالسيف كله
وصاحب الثلث بثلث السيف وصاحب السدس بسدس السيف والسيف
بستة اسهم فتصير القسمة على تسعة اسهم. واذا صار السيف على تسعة اسهم
صار كل مائة من خمسمائة على تسعة فتصير خمسة واربعين لصاحب الثلث ثلثه

خمسة عشر ولصاحب السدس سدسه سبعة ونصف فانكسر بالنصف فيضعف
فيجعل على تسعين ويصير حق كل واحد منهما ضعف ما كان فيصير لصاحب السيف
اثنا عشر ولصاحب الثلث اربعة من السيف ولصاحب السدس سهمان من السيف
ولصاحب الثلث من باقي المال ثلاثون ولصاحب السدس خمسة عشر فبلغت سهام
الوصايا ثلثة وستين وكل المال مائة وثمانية فزادت سهام الوصايا على الثلث
فان اجازت الورثة فلهم ذلك وان لم تجز واجعل ثلث المال على قدر الوصايا على قدر
سهام الوصايا هكذا روي عنهما والوصايا ثلث وسدس لان السيف سدس
فيجعل كل سدس سهمين لان السدس اقل فصار سدس المال اربعة اسهم فكل
المال اثنا عشر سهما منه الثلث لصاحب السيف كله في السيف وسهم لصاحب السدس
في السيف وخمسة اسداسه في باقي المال وسهمان لصاحب الثلث سدسهما في
السيف والباقي وهو خمسة اسداسه في باقي المال وانكسر السهام بالاسداس
فاضرب اصل المسألة وذلك اثنا عشر في ستة فصار اثنين وسبعين ثلثه
اربعة وعشرون كان لصاحب السيف سهم ضربناه في ستة فصار ستة كله في
السيف وكان لصاحب الثلث سهمان ضربناه في ستة فصار اثنا عشر سدسه
في السيف وذلك سهمان والباقي وذلك عشرة في باقي المال وكان السدس سهم
ضربناه في ستة فصار ستة وسدسه في السيف والباقي وذلك خمسة في باقي
المال فبلغت سهام الوصايا اربعة وعشرين وثلث المال اربعة وعشرون سبعة
من هذه الاربعة والعشرين في السيف وهو اثنا عشر واربعه وهو ثلاثة للورثة
ونصفه وهو ستة لصاحب السيف وسدسه وهو سهمان لصاحب السيف
ونصف سدسه وهو سهم لصاحب السدس واما مسئلتنا الدار فقد مر في الدعوى
والوصية لواحد بعبد بعينه ولآخر بنصفه وهو يخرج من الثلث او لا يخرج ولم تجز
الورثة فالعبد يقسم بينهما ارباعا بطريق المنازعة عنده وعندهما اثلاثا بطريق
العول والوصية بكل المال وبنصفه او ثلثه لآخر فاجازت الورثة فالمال يقسم
بينهما بطريق المنازعة عنده وعندهما بطريق العول والاصل عندهما ان الحقين
متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد فالقسمة عولية وان ثبتا على وجه التمييز
او في وقتين مختلفين فالقسمة نزاعية وهذا لان القياس يأبى القسمة بطريق
العول لان تفسيره ان يضرب كل واحد منهما بجميع حقه احدهما بنصف المال
والآخر بكله والمال الواحد لا يكون له كل ونصف وانما ترك القياس في الميراث
باجماع الصحابة رضي الله عنهم فيلحق به ما كان في معناه في الميراث حقوق الكل
يثبت على وجه الشيوع في وقت واحد وهو حالة الموت فكانت في معنى الميراث
وكذا في الوصايا وكذا في العبد والمدبر اذا فقأ عيني انسان وقتل آخر خطأ

حق اصحاب

حق اصحاب الجناية في عين العبد او قيمة المدبر ثبت في وقت واحد وهو وقت دفع
العبد او قيمة المدبر وكذا في دعوى الدار الحق انما ثبت بالقضاء ووقت القضاء
واحد وكانت في معنى الميراث وفي مسئلة بيع الفضولي وقت ثبوت الحق مختلف
لان الملك ثبت عند الاجازة مستندا الى وقت العقد ووقت العقد مختلف وفي
مسئلة الادانة الحق ثبت بالادانة ووقت الادانة مختلف وفي العبد والمدبر اذا قتل
رجلا خطأ ورجلا عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفى احدهما واختار المولى الدفع
وقت ثبوت الحقين مختلف لان حق الساكت من وليي الدم في القود لانه مثل له والمال
بدل عن القود ووجوب البدل مضاف الى سبب الاصل وهو القتل فكان وقت ثبوت
حقه القتل اما في فصل قتل الخطأ وفقأ العين فلا يعتبر وقت القتل لان حقهما
كان مالا في الابتداء لان هذا المال لا يملك قبل الدفع فيعتبر وقت الدفع وفي
جناية ام الولد وجوب البدل للذي لم يعف مضافا الى القتل لما قلنا والقتلان وجدا
في وقتين مختلفين فكان القسمة نزاعية عندهما والاصل عنده ان قسمة العين
متى كانت بحق ثابت في الذمة او بحق ثبت في العين على وجه الشيوع لكل واحد
في البعض فالقسمة عولية ومتى وجبت القسمة في العين بحق ثبت على وجه التمييز او
كان حق احدهما في البعض الشائع او في الكل فالقسمة نزاعية وهذا لان الحقوق
متى وجبت في الذمة فقد استوت في القوة فيضرب كل واحد بكل حقه في العين
وكذا اذا كان حق كل واحد في العين ولكن في الجزء الشائع فقد استوت الحقوق
في القوة لانه ما من جزء ثبت فيه حق احدهما الا وللآخر ان يزاحمه والاصل
في قسمة العول الارث كما قال وثم حق كل واحد منهم ثبت في البعض الشائع
اما اذا ثبت الحقان على وجه التمييز فلم يكن في معنى الميراث وفي مسائل العفو القسمة
انما وجبت بحق ثابت في الذمة لان حق كل واحد منهما في موجب الجناية وموجب
الجناية يكون في الذمة فكانت القسمة عولية وعلى هذا تخرج المسائل ولو كان
لام الولد ولد من سيدها لا قصاص عليها لان الولد ملك شيئا من القصاص
وليس له ان يقتل امه قصاصا فانقلب الكل مالا لانه لا يتجزى ويجب عليها القيمة ويقتل
بالآخر قصاصا ولم تؤخر لاداء السعاية لانه لو وجب السعاية التأخير لا تسعى ابدا
وان عفى احد وليي الاجنبي سقط حقه وصار حظ شريكه مالا وسعت في قيمة واحدة
لوليي المولى واحد وليي الاجنبي اثلاثا عنده عولا ارباعا عندهما منازعة ولو عفى
احد وليي الاجنبي بعد ما دفعت القيمة الى ورثة المولى بالقضاء فله الخيار ان شاء شارك
الورثة في ذلك وان شاء رجع عليها ثم هي ترجع على الورثة بذلك فان دفعت بقضاء
فلا سبيل لوليي الاجنبي عليها لانه لا يجب عليها الا قيمة واحدة لما مر وقد ادت بقضاء
ففرغت ذمتها من الجناية وان دفعت القيمة الى ورثة المولى بعد ثبوت حق الاجنبي

لا يصح. وإذا لم يصح القضاء ههنا فلأن لا يصح فعلها بلا قضاء أولى. والمدبر مثل أم الولد في
حكم الجناية. عبد قتل سيديه عمداً وأخر عمداً ولكل واحد وليان فعفا أحد وليي كل
واحد منهما معاً بطل من سيديه وجعل عفو أحدهما كعفوهما عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله لأن العبد قبل القسمة مبقى على حكم ملك الميت. فلو صار نصيب الشريك
مالاً لوجبت على الشريك بحكم جنايته لمولاه وإنه لا يجوز بخلاف المدبر وأم الولد
لأنهما يعتقان بموت المولى فلا يؤدي إلى هذا. وإذا بطل حق وليي المولى من العبد في
نصيبه سقط حق العافي من وليي الأجنبي في الربع فيقال لوليي المولى ادفعا
ربع العبد إلى من لم يعف من وليي الأجنبي أو افدياه بنصف الدية. لأن حقه في
نصف القصاص وإنما صار له ربع العبد بحكم المزاحمة ولا تضايق في الدية لأنها
في الذمة وفي الذمة سعة فافترقا. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجعل عفو أحد
وليي المولى كعفوهما. فيقال لهما ادفعا إلى غير العافي من وليي الأجنبي ربع
العبد أو افدياه بنصف الدية لما بينا. فإن دفعا يقال للعافي من وليي المولى كان
حق الأجنبي في الربع وصار مالاً غير أن نصفه وهو الثمن وقع في نصيبه فسقط.
ونصفه وهو الثمن وقع في نصيب صاحبه فبقي فادفع ثمن العبد إلى الأجنبي أو افده بربع الدية
وإن عفا أحد وليي المولى ثم عفا أحد وليي الأجنبي أو على العكس فعندهما لما كان
عفو أحدهما كعفوهما بطل حقهما في القصاص. فيقال لوليي المولى ادفعا نصف
العبد أو افدياه بالدية. أما إذا عفا أحد وليي المولى أولاً فلأنه بطل دم المولى عندهما
فبقي حق الأجنبي في كل القصاص. وإذا عفا أحد وليي الأجنبي انقلب نصيب صاحبه
وهو نصف القصاص مالاً. فيقال لورثة المولى ادفعا إليه نصف العبد أو افدياه
بنصف الدية. وأما إذا عفا أحد وليي الأجنبي أولاً فلأنه استحق صاحبه أيضاً
نصف العبد لأن حق ورثة المولى باق في القصاص ولا مزاحمة بين المال والقصاص
وهذا بخلاف العفو معاً لأنه ثم وجب المال لهما حال قيام المزاحمة وكان حق
غير العافي من وليي الأجنبي في الربع. أما ههنا فبخلافه. عبد بين رجلين قتل قريباً
لهما عمداً فعفا أحدهما عنه بطل الدم كله عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا
يدفع العافي نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية. وذكر في بعض النسخ
قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله. والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمهما الله.
وقول أبي يوسف رحمه الله ههنا كقوله ثم. لأبي يوسف رحمه الله في المسألتين
أن نصيب من لم يعف لما انقلب مالاً بعفو صاحبه صار نصفه في ملكه ونصفه
في ملك صاحبه فما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع. وما أصاب ملك
نفسه سقط. ولهما أن القصاص واجب لكل واحد منهما في النصف من غير تعيين
فإذا انقلب مالاً يحتمل الوجوب من كل وجه بأن يعتبر متعلقاً بنصيب صاحبه

واحتمل

واحتمل السقوط من كل وجه بأن يعتبر متعلقاً بنصيب نفسه واحتمل التنصيف
بأن يعتبر متعلقاً بهما شائعاً فلا يجب المال بالشك والاحتمال.

فصل

ومن قتل عبداً خطأ تجب عليه قيمته ولا تزاد على عشرة آلاف. فإن كانت قيمته
عشرة آلاف أو أكثر يقضى له بعشرة آلاف إلا عشرة دراهم. وفي الأمة إذا زادت
قيمتها على الدية يقضى بخمسة آلاف إلا عشرة في ظاهر الروايتين. وفي رواية إلا خمسة
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله
تجب قيمته بالغة ما بلغت. ولو غصب عبداً أو أمة قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده
تجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع. لهما أن المتلف مال فيجب ضمان قيمته
بالغة ما بلغت كما في سائر الأموال. وكما في قليل القيمة وكالغصب. وهذا لأن
الضمان يجب للمولى وهو لا يملكه إلا من حيث المالية والضمان الواجب له يكون ضمان
المال ضرورة ولهذا ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال بخلاف الأصل ومهما
أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه بخلاف القياس. ولهذا
إذا قتل المبيع قبل القبض يبقى البيع ببقاء القيمة. وإنما يبقى البيع إذا فات المعقود عليه
وأخلف. فلو لم يكن الضمان بدل المالية لما بقي العقد باعتباره لأن البيع يتناول المالية.
ولنا قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ الآية. جعل الواجب بقتل المؤمن دية وهذا
مؤمن فيكون المال الواجب بقتله دية والدية بدل الآدمي وذا لا يزاد على عشرة آلاف
درهم كدية الحر. وقول ابن مسعود رضي الله عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر
وينقص عشرة دراهم. وهذا كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن
المقادير لا تعرف بالقياس. وإنما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي. لأن فيه
معنى المالية كما بينا ومعنى الآدمية حتى كان مكلفاً. ومعنى المالية تبع. لأن
قيام المالية بالنفسية ولهذا يزول مع قيام النفس ولأنها أسبق لأن المالية تعارض
الرق بواسطة الاستنكاف فكان اعتبارها هو الأصل لإيجاب الضمان مقابلاً به
أولى. ولهذا يجب القصاص في العمد والقصاص لا يجب بإتلاف المال. والمتلف في
حال الخطأ هو المتلف في حال العمد فعلم أنه مضمون بكونه آدمياً وضمان الغصب
مقابل بالمالية. لأن الغصب إنما يرد على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة ولهذا
يبقى بعد قتله عمداً وإن لم يكن القود بدلاً عن المالية إجماعاً. وكذا الأمر
الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية لا بمقابلة المالية إلا أنه غير مقدر لأن
القياس يقتضي أن لا تكون الديات مقدرة بل تختلف باختلاف منافع المحال
كالقيمة. وإنما قدرناها في الأحرار بالنصوص والنص الوارد في الأحرار لا يكون
وارداً في العبيد لنقصان حالهم من الأحرار فقدرناه بقيمته رأياً بخلاف كثير
القيمة لأن قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف ولا يجد عبداً إلا وفي الأحرار من هو أفضل منه.

فوجب الحط عن ديته لينحط رتبته عن الاحرار فقدر ذلك بعشرة دراهم لما روينا من
اثر ابن مسعود رضي الله عنه ولانه ادنى مال له خطر في الشرع. وفي هذا استحق دية
الطرف والبضع. وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة
في العبد كالدية في الحر لانها بدل الدم. ففي يد العبد نصف قيمته بالغة ما بلغت في
الصحيح من الجواب الا في رواية عن محمد رحمه الله انه يجب في قطع اليد خمسة آلاف الا خمسة
كذا في المبسوط. لمحمد رحمه الله ان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينتقص
هذا القدر لينحط رتبته. ووجه الظاهر ان المعتبر فيه المالية فقط. ولهذا لا
يضمن بالقصاص والكفارة. ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى الى آخره مر تقريره في اول
الجنايات. ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فبين العتق في احدهما فان ارشهما للسيد
لان العتق اضيف الى احدهما فلم يكن نازلا في المعين والشجة تصادف المعين فيجب
ارش العبد ووجب ارشهما للمولى. ولو قتلهما رجل واحد يجب دية حر وقيمة عبد
والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه لما مر من قبل وبعد الشجة
بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا
واحدهما حر بيقين فصار را باهما قاتلا للحر بيقين فلزمه دية حر وقيمة عبد
وتحقيقه ان القتل يلاقي محل العتق. فاما الطرف فليس بمحل للعتق وانما يثبت
فيه حكمه تبعا فلا يثبت قبل ثبوته في العين من كل وجه فصار مشجوجا على حكم
الرق. وهذا بخلاف ما لو قتل كل واحد منهما رجل فانه يجب قيمة العبدين
لان كل واحد منهما ينكر قتل الحر. ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى اخذ
من الفاقئ قيمة العبد واعطاه العبد وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان
عند ابي حنيفة رحمه الله. وقالا ان شاء اخذ قيمته واعطاه الجثة وان شاء امسكه
وضمنه ما نقصه. وقال الشافعي رحمه الله يمسكه ويأخذ كل القيمة لان
الواجب ضمان العينين الثابتتين وقد قدرت قيمتهما بكل القيمة فبقي الباقي
على ملكه كما لو فقأ عيني حر فانه يأخذ كل الدية وحبسه له وكما لو قطع
احدى يديه او فقأ احدى عينيه فانه يضمن نصف القيمة ويبقى الباقي على ملكه
ولنا ان الواجب كل النفس لان فقء العينين اتلاف للنفس معنى بتفويت جنس
المنفعة وبهذا ينعقد مالية العبد فوجب ان يزول عن ملكه تحقيقا
للمعادلة اذ هو قابل للنقل كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد
بخلاف ما لو فقأ عيني حر لانه لا مالية فيه وههنا المالية قائمة في الذات
والاطراف لان اعتبار المالية في حق الذات فصار عليه ساقطا. وبخلاف عيني
المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة. ولهما ان العبد في حكم الجناية على اطرافه

بمنزلة

بمنزلة المال حتى لا يتعلق القود بالجناية على اطرافه بحال فلا تتحمله العاقلة ويجب بالغة
ما بلغت وفي الجناية على المال للمالك الخيار كما لو خرق ثوب غيره خرقا فاحشا
او قطع بعض قوائم دابته فان للمالك الخيار بين ان يضمنه كل القيمة ويسلم
العين اليه وبين ان يمسكه ويضمنه النقصان. وله ان العبد مال من وجه
آدمي من وجه لما مر والجناية على طرفه من وجه بمنزلة الجناية على المال ومن
وجه بمنزلة الجناية على الآدمي. ولهذا يجب جميع بدل النفس. ولو قطع عبد
يد عبد يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية او موجب الجناية
على المال ان تباع رقبته فيه. ثم من احكام الآدمية ان لا يتوزع كمال بدل النفس
على النفس والطرف الفائت ولا يملك الجثة بل تكون بازاء الفائت فقط كما في عيني
الحر. ومن احكام المالية ان يتوزع ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم
فقلنا بحكم انه وجب بجناية على الآدمي لا يجب موزعا وبحكم انه بدل مال لم يكن
له ان يأخذ كل بدل العين مع امساك العين. بل قيل له من شرط استيفائك
هذا الضمان ان تزيل الجثة عن ملكك ليكون قولا بالشبهين. ولو قال احدكما
حر فقتل احدهما رجلا خطأ ثم عين الجاني للعتق صار مختارا للفداء لان
له حكم الانشاء وقد امكنه الاختيار بتعيين الاخر. ولو عين غيره يخير في
دفع الجاني او الفداء. ولو جنيا ففي ايهما عين عتقه لم يصر مختارا للفداء لانه
لا يمكنه الا اختياره عنده ولزمه قيمة من عين. وان مات المولى قبل البيان شاع
العتق فيهما وغرم قيمة ان جنى احدهما او قيمتين لو جنيا. ولو جنى احدهما ثم قال
احدكما حر وهو يعلم ثم مات لزمه الفداء غير ان قدر القيمة معتبر من كل
المال. والفضل الى تمام الدية لزمه الدية باختياره في آخر جنايته مع قدرته على الضمان
في غير الجاني فيعتبر من الثلث كالتبرعات. وهذا لانه صار معتقا نصف الجاني عند
الموت لان بالموت بلا بيان عتق نصف كل واحد منهما بكلام وجد بعد الجناية
مع العلم بالجناية وصار مختارا للفداء وهو متبرع في التزام الزيادة على القيمة عن
اختيار لانه قادر على صرف العتق الى غير الجاني. اما قدر القيمة فلازم بكل حال
لانه كان يدفعه او يفديه لا محالة فتعتبر الزيادة على القيمة من ثلث ماله كما
لو اعتقه في هذه الحالة فانه تعتبر الزيادة على القيمة من ثلث ماله كذا ههنا. ولو
جنى ثم اعتق احدهما في صحته لزمه فداؤهما. لانه لما اعتق احدهما في صحته مع العلم
بالجناية صار مختارا للفداء في احدهما في صحته اذ لا بد من وقوع العتق على احدهما
فلزمه دية واحدة في صحته وتعتبر من كل المال. فاذا مات قبل البيان صار معتقا
نصف كل واحد منهما في آخر جنايته فصار مختارا للفداء في الآخر فيلزم قدر القيمة
من كل ماله لا يتخلص عن ذلك. وما زاد على القيمة الى تمام الدية يعتبر من ثلث ماله

لانه كان يتخلص عن تلك الزيادة بان يوقع العتق على احدهما • فلما تبرع بالزيادة في اخر جنايته فيعتبر من الثلث • فلو اعتق بين الجنايتين ثم مات المولى يجب للاول دية وللثاني قيمة • وتعيين الاول اختيار للدية لا الثاني • لانه صار معتقا بكلام وجد بعد جنايته فلا يصير مختارا للفداء • ولكنه صار مستهلكا فتجب قيمته •

فصل في جناية المدبر وام الولد والمكاتب

اذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن السيد الاقل من قيمته ومن ارش الجناية • لما روي ان ابا عبيدة رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وكان اميرا بالشام وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فصار اجماعا • ولانه بالتدبير والاستيلاد صار مانعا دفع الرقبة عند الجناية ولم يصر مختارا بذلك الدية لانه عند التدبير او الاستيلاد صار ما كان يعلم انه يجني فصار كما لو فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم • وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش • لان الاصل وجوب الدفع بالجناية وقد تعذر الدفع بسبب من المولى فتجب القيمة عليه بمنعه منه • ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا حق لولي الجناية في اكثر من الارش • ولا يثبت الخيار بين الاقل والاكثر • لان التخيير لا يفيد في الجنس المتحد لانه يختار الاقل لا محالة • بخلاف القن حيث يخير بين الدفع والفداء • لان التخيير يفيد في الجنس المختلف • ولا يلزمه الا قيمة واحدة وان كثرت الجناية من المدبر • لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة • ولان قيمة المدبر تنزل منزلة عين العبد • ثم العبد اذا جنى جنايات لا يجب دفعه الا مرة كذا هنا ولكن القيمة مشتركة بين اولياء الجناية بقدر الحصص • وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم في حال الجناية عليه • ولا يعتبر يوم التدبير • لان موجب الجناية لا يسبق الجناية • حتى لو قتل انسانا خطاء وقيمته الف ثم صارت قيمته الفا وخمسمائة ثم قتل اخر خطاء فلا حق لولي الجناية الاولى في هذه الزيادة وهي للثاني لما بينا • فان دفع المولى القيمة الى ولي الجناية بقضاء فجنى اخرى شارك الثاني الاول • وان كان بغير قضاء فالثاني بالخيار • ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية عند ابي حنيفة رحمه الله • وقالا لا شيء على المولى ويتبع الاول سواء كان بقضاء او بغير قضاء • لانه حين دفع الى الاول لم تكن الجناية الثانية موجودة • فكان الدفع اليه صحيحا ولم يكن بهذا الدفع جانيا في حق الثاني لان السبب الموجب لحق الثاني وهو الجناية لم يوجد فلا يضمن له شيئا • وله ان القيمة انما تجب على المولى باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق وذلك في حق اولياء الجنايتين سواء • فيجعل في حق اولياء الجنايتين كان دفع القيمة من المولى كان بعد وجود الجنايتين • وهناك ان دفع الى احدهما كل القيمة بقضاء لم يضمن للثاني شيئا • وان دفع بغير قضاء كان للثاني الخيار فهذا مثله • ولهذا كان للثاني حق المشاركة مع الاول في تلك القيمة

ولا يكون ذلك الا بان يجعل كانه جنى عليهما في حالة واحدة • واذا اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تجب الا قيمة واحدة • لان الضمان وجب على المولى بالمنع فصار وجود الاعتاق وعدمه من بعد سواء • وام الولد بمنزلة المدبر بجنايته لم يجز اقراره ولم يلزمه شيء عتق او لا • لان موجب جناية الخطاء على السيد واقراره لا ينفذ على السيد • فان تنازعا في قيمته يوم جنى فالقول للسيد مع يمينه لانه ينكر الزيادة • فان جنى اخرى فالقيمة ثلاث فان جنى اخرى فانه باع • مدبر حفر بئرا في طريق المسلمين ومات فيها رجل فادى المولى الى ولي الجناية قيمة المدبر الفا بقضاء ثم مات ولي الجناية وترك الفا وعليه الفان ثم وقع في البئر اخر فمات فان الالف الذي تركه ولي القتيل الاول يقسم بين الولي الثاني وبين غرماء الولي الاول على خمسة اسهم • سهم لولي الثاني واربعة للغرماء • لان حق ولي الثاني في خمسمائة وحق الغرماء في الفين فيصير كل خمسمائة سهما فيصير الدين اربعة وحق الولي سهما • فان قسموا ذلك بقضاء ثم وقع فيها اخر فمات اخذ ولي الثالث نصف ما في يد ولي الثاني لاستوائهما • ثم رجعا على الغرماء بتمام ربع القيمة • لان حق ولي الثالث والثاني في ثلثي الالف وحق الغرماء في الالفين فيجعل كل ثلثي الف سهما فيصير الفان ثلثة اسهم وحقهما سهما فذلك اربعة فلذلك يأخذان منهم تمام ربع القيمة • ولو دفع المولى خمسمائة الى الاول بلا قضاء ثم وهب الولي للمولى ما قبض وما بقي ثم وقع فيها اخر خير ولي الثاني بين تضمين المولى النصف وبين تضمينه الربع وللولي الربع • وان دفع بقضاء يتبع المولى بالربع والولي بالربع من غير اختيار مدبر جنى جناية ودفعت قيمته بلا قضاء فكوتب فجنى وقضي بالقيمة ولم يدفع فجنى اخرى ثم مات المكاتب عن مائتين فالمائة لولي الجناية الثانية • لان حقه صار دينا بالقضاء والدين لا يبطل بالموت اذا خلف كسبا • وخير الثالث بين ان يشارك الاول او يتبع المولى • مدبرة ولدت ولدا وقيمة كل ثمانية فجنت جناية تستغرقها ومات سيدها ولم يدع مالا غيرهما سعيا بقدر قيمتهما لرب الجناية وللورثة ثم ماتين وسلم لهما مائة • لان موجب الجناية القيمة على المولى وقد صارت دينا بموته • والدين مقدم على الوصية والتدبير وصية فكانت مؤخرة عن الدين • عبد لرجلين قتل رجلا خطاء فدبره احدهما وهو لا يعلم بالجناية ثم قتل اخر خطاء ضمنه الشارك ان شاء نصف قيمته ودفع الى ولي الجناية لان حقه تعلق برقبة العبد وقد فات النصف واخلف بدلا فانتقل حقه اليه وضمن المدبر نصف قيمته للولي الاولى لانه دين وهو لا يعلم بالجناية وعليه جميع جنايته قيمته مدبر الولي الثانية • لانه ملك نصيب صاحبه بالضمان من وقت التدبير • فظهر ان الجناية الثانية على ملكه • او استسعاه ودفع اليهما وضمن المدبر نصف قيمته

قيمته للولي الاولى ونصف قيمته مدبرا للولي الثانية اذا اعتق او دبر او ترك وضمن
نصف قيمته قنا لهما لانه بقي نصيبه على ملكه وتعذر دفعه فصار ممسكا له
فعليه بدله رجل شج عبد غيره موضحة فدبره سيده ثم شجه الشجاج موضحة اخرى
ثم كاتبه فشجه اخرى ثم ادى المكاتب فعتق فشجه اخرى فمات بالكل
ضمن نصف عشر قيمته صحيحا بالشجة الاولى لان القيمة في حق العبد كالدية
في حق الحر وهي مقدرة في حق الحر بنصف عشر الدية ويغرم نقصانها ايضا الى ان جنى
الثانية ويغرم بالشجة الثانية نصف عشر قيمته مدبرا مشجوجا ونقصانها الى ان
كوتب ويغرم بالثالثة نصف عشر قيمته مدبرا مكاتبا مشجوجا ونقصانها
الى ان عتق وثلث قيمته الى ان مات وبالرابعة ثلثا الدية لان النفس وان تلفت
باربع شجات صورة فهي ثلاث شجاج حكما لان حكم الاوليين واحد لاتحاد
سرايتهما لان الكتابة تقطع سراية الجناية بمنزلة البيع لان الابتدا يفارق الانتها
اذ الابتداء على حق المولى والانتهاء على حق العبد فكانهما جناية واحدة والاخريان مختلفتان
لان التي بعد الكتابة حكمها ضمان القيمة للمكاتب والتي بعد العتق حكمها ضمان الدية
وكان النفس تلفت بثلاث جنايات ثلث بالجناية قبل الكتابة وقد هدرت
في حق ايجاب الضمان ولكنها اعتبرت في حق التوزيع كجراحة السبع وثلث بالجناية
بعدها وقد اعتبرت وثلث بالجناية ايضا وقد اعتبرت ايضا ولا يغرم بالشجة
التي بعد العتق ارشا ولا نقصانا لان الجناية متى صارت نفسا سقط اعتبار ما
دونها وصار ذلك تبعا للنفس عبد شج حرا موضحة ثم دبره مولاه فشجه العبد
موضحة اخرى ثم كاتبه مولاه ثم شجه اخرى ثم ادى فعتق ثم شجه اخرى وشجه
اجنبي ومات والولي عالم بالجنايات والجاني هنا اثنان والنصف الاخر اتلفه العبد
باربع جنايات احكامها مختلفة والمعتبر احكام الجنايات فحكم الاولى الدفع والفداء
وحكم الثانية وجوب القيمة على المولى وحكم الثالثة وجوب القيمة على المكاتب وحكم
الرابعة الوجوب على العاقلة فصار هذا النصف اربعة اسهم فصار الكل ثمانية اسهم
اربعة اتلفها الاجنبي واربعة اتلفها العبد فالسهم الاول مختار له بالتدبير
وهو عالم بها فيلزمه ثمن الدية والسهم الثاني وجد والدفع ممتنع بفعل سابق
على الجناية فلم يثبت الاختيار فوجب به ثمن القيمة على المولى الا ان يكون ثمن الدية
اقل منه والثالثة حصلت من المكاتب فوجب الاقل من ثمن الدية والقيمة على المكاتب
والرابعة جناية الحر فوجب ثمن الدية على عاقلته وان لم يدبر والمسئلة بحالها
فعلى عاقلة الاجنبي نصف الدية واما النصف الاخر فقد تلف بثلاث جنايات
في الحكم لان جنايتي العبد قبل الكتابة حكمهما واحد وهو الوجوب على المولى وجنايته
بعد الكتابة مخالف لجنايته بعد العتق فصار هذا النصف ثلثة اسهم فصار الكل

فعلى عاقلة الاجنبي نصف الدية لان العبد عند الجنايات

ستة تلف

ستة تلف ثلثة بجناية الاجنبي وتلف ثلاثة بجناية العبد فيلزم على المولى سدس الدية
بالاوليين وعلى المكاتب الاقل من سدس قيمته ومن سدس الدية وعلى العاقلة سدس
الدية والاسواط كالشجاج ضمن ما لم يؤمر به لا ما امر به فلو امر رجلا ان يضرب
عبده سوطا فضربه سوطين ثم ضربه المولى سوطا ثم ضربه اجنبي سوطا فمات
فالاول هدر لانه بامر المولى ويغرم ارش السوط الثاني وما انتقص الى ان مات
منقوصا بالاول والثالث هدر لانه من المولى على عبده وعلى الاجنبي ارش الرابع
وعلى عاقلة الاجنبي ثلث قيمته يوم الموت لان العبد تلف بثلاث جنايات
عبد شج رجلا موضحة فباعه سيده وهو يعلم فشجه اخرى عند المشتري
فرده المشتري على البايع فشجه اخرى وشجه اجنبي ومات بذلك كله
فعلى عاقلة الاجنبي نصف الدية واما العبد فقد اتلف نصفه بثلاث جنايات
مختلفة فيعتبر الكل فنقول اتلف بالجناية قبل البيع ثلث النصف
وقد صار البايع مختارا للفداء فيلزمه سدس الدية والثانية على المشتري
وقد صار مختارا فيلزمه سدس الدية والثالثة متعلقة برقبته فيخير البايع بين
الدفع والفداء عبد لزيد ودرجنى على ذي فكاتبه عالما بالجناية فجنى عليه اخرى
ثم كاتبه زيد فجنى عليه جناية اخرى فمات من ذلك كله فنقول العبد
نصفان وكل نصف اتلف نصف النفس بثلاث جنايات حقيقة وجنايتين
حكما اما نصيب المجني عليه فقد اتلف نصيب النفس بجناية قبل كتابته
وفي هدر وبجنايتين بعدها وموجبهما واحد وهو الاقل من نصف قيمته ومن
ربع الدية على المكاتب واما نصيب غير المجني عليه فقد اتلف النصف ايضا
بجنايتين قبل الكتابة وحكمها الوجوب على المولى فلزمه الاقل من نصف قيمته
ومن ربع الدية وجناية بعد الكتابة وهو مثله في رقبة المكاتب وان جنى
على اجنبي وكاتبه احدهما وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه فكاتبه الثاني وهو يعلم
ثم جنى عليه فمات فنصف الاول اتلف بنصفه بثلاث جنايات لها حكم جنايتين
فصار مختارا في الاول ربع الدية وموجب البقية على المكاتب وهو الاقل من ربع
الدية ونصف قيمته والنصف الاخر جنى جنايتين قبل الكتابة وحكمهما واحد وهو
الوجوب على المولى فلزمه الاقل من نصف قيمته ومن ربع الدية وعلى المكاتب
الاقل من القيمة ومن نصف الدية لانه تعذر الدفع على المولين والثابت بتلك
الجناية النصف كذلك لم يوجد منهما ما دل على الاختيار يلزمهما الاقل من القيمة
ومن نصف الدية وعلى المكاتب كذلك لان الغايت بالجناية بعد الكتابة النصف
لما بينا مكاتبة اقرت على ولدها المولود في كتابتها بجناية ودين بطل لانه صار
مكاتبا فالتحق بالاحرار فان كسب احدهما وصرف الى الدين لا الجناية لان الجناية

بيتين

لم تصر مالا والدين مال. فإن لم تأخذ الأم الكسب حتى مات الولد وأقرت بالجناية
أولا تحاصا لأن الإقرار بالجناية وإن كان سابقا ولكن انقلابه مالا بعد الإقرار
بالدين فاستويا لأنه سابق عليه من وجه متأخر من وجه. وإن أقرت بالدين
أولا بدئ به كما لو أقرت بدين ثم بدين. وإن كان الإقرار من الولد أولا
ثم مات تحاصا. والفرق أن إقرار الولد بالأول في ذمته وفيها سعة وإقرارها
إنما يصح باعتبار الكسب فإذا اشتغل بالأول بطل الثاني والأصل أن جناية المكاتب
إنما تصير مالا بالقضاء به أو بعتق المكاتب بأداء البدل أو بموته عن وفاء ومتى لم
يصر مالا يتعلق برقبته إذا ثبت هذا فنقول مكاتب مات عن تركة لا وفاء
فيها وعليه جناية لم يقض بها فتركته لسيده ولا حق للولي فيها لأنه مات عاجزا
لأن حقه كان متعلقا بالرقبة لا بالكسب لأنها لم تصر دينا وقد هلكت الرقبة
لا إلى بدل فبطل حقه وإن قضى صرفت التركة فيها لأنها صارت دينا عليه. وإن
كانت من أرش جناية بأن صرفت في الجناية قضي بها أولا. لأنها بدل بعض وحكم
البعض حكم الكل. وإن اجتمعا صرفت التركة من غير الجناية إلى المقضي له فإن لم
يتم من أرش الجناية فصرف ما بقي من أرشها إلى الذي لم يقض له بها. وما ترك
من أرش جناية قبل جنايته فهو كسائر تركته **باب غصب
العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك** ومن قطع
يد عبده فغصبه رجل فمات العبد من القطع ضمن قيمته أقطع. وإن غصبه
رجل وهو صحيح ثم قطع المولى يده عند الغاصب ثم مات من ذلك عند الغاصب
فلا شيء على الغاصب. وأما المسألة الأولى فلأن الغصب من أسباب الضمان والملك
في المضمون فينقطع السراية كالبيع. فصار كأنه هلك بآفة سماوية لا بالقطع فتجب
قيمته أقطع ولم يوجد القطع في المسألة الثانية. فأضيفت السراية إلى البداية فصار
المولى متلفا وصار به مستردا للعبد. لأن ما يصير به المشتري قابضا للمبيع يصير
به المغصوب منه مستردا للمغصوب فيبرأ الغاصب عن الضمان. وإذا غصب
العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن. لأن المحجور عليه
مؤاخذ بأفعاله وإن لم يكن مؤاخذا بأقواله لما مر في الحجر. ومن غصب مدبرا
فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم جنى جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين وليي
الجنايتين نصفين. لأنه بالتدبير السابق عجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا
للفداء فيصير متلفا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة وتكون
بينهما نصفين لاستوائهما ويرجع المولى بعد ما أدى قيمة العبد إليهما بنصف قيمته
على الغاصب. لأن نصف القيمة مستحق عليه بسبب كان عند الغاصب فيجب
على الغاصب في ماله ويدفع إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب مرة أخرى

وهذا

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف
قيمته ويسلم له. لأن المولى إنما يرجع على الغاصب بالنصف الذي أخذه ولي الجناية الأولى
فيصير هذا الذي يرجع به عوضا عما سلم لولي الجناية الأولى. فإذا سلم له أصله لم يستحق
عوضه كيلا يتكرر الاستحقاق في شيء واحد. أو لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك
رجل واحد. ولهما أن حق ولي الجناية الأولى في كل القيمة. لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه
أحد فانعقدت الجناية موجبة استحقاق الكل. وإنما النقصان بعارض مزاحمة الثاني
فما وجد شيئا فارغا من القيمة في يد المولى أخذه على الغاصب. لأنه استحق من يده بسبب
كان عند الغاصب. وإن كان جنى عند المولى أولا ثم جنى عند الغاصب
غرم المولى قيمته بين وليي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب
فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب في قولهم. لأنه إنما استحق
عليه بسبب كان عنده فلا يرجع به على غيره. ثم وضع المسألة في العبد فقال
ومن غصب عبدا فجنى عنده ثم رده على المولى فجنى جناية أخرى فالمولى يدفعه إلى
وليي الجنايتين ويرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على
الغاصب. وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله
يرجع بنصف القيمة فيسلم له. وإن جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده فالمولى يدفعه
نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع به. والجواب في العبد كالجواب
في المدبر إلا أن المولى يدفع العبد هنا وثم يدفع القيمة. ومن غصب مدبرا فجنى
عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى مولى المدبر قيمته
بين وليي الجنايتين نصفين ثم يرجع بقيمته على الغاصب فيدفع نصفها إلى ولي
الجناية الأولى ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى
ولا إلى ولي الجناية الثانية. وهذا لأن ولي الجناية جناية المدبر على مولاه فيغرم
المولى قيمته ويرجع بالقيمة كلها على الغاصب. لأن كلها إنما وجبت بسبب في ضمانه
فإذا رجع بها يدفع نصفها إلى ولي الأولى لأن حقه في كل القيمة لولا المزاحمة الثاني (في الهامش: مزاحمة)
وقد قدر على بدل ما أخذه ولي الجناية الثانية فيرجع به ليتم حقه. ثم يرجع المولى
بذلك النصف على الغاصب لأنه استحق عليه بسبب في ضمانه. فإذا رجع به سلم له
ولم يسلمه إلى ولي الجناية الثانية. لأن حقه لم يجب والمزاحم قائم ولم يجب إلا في
النصف وقد سلم. ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف كالأولى. وقيل
على الاتفاق. والفرق لمحمد رحمه الله أن في الأولى ما يرجع به عوض ما سلم لولي الأولى.
والثانية وجدت في يد المالك فلو دفع إليه ثانيا يتكرر الاستحقاق. ويمكن هنا
أن يجعل عوضا من الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب. ولا يتكرر الاستحقاق
ومن غصب صبيا حرا لا يعبر عن نفسه فمات في يده فجأة أو بحمى فلا ضمان (في الهامش: عليه)

وإن أصابه صاعقة أو نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية استحسانا والقياس أن لا
يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لأن غصب الحر لا يتحقق
ولهذا لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع أنه حر يدا فأولى أن لا يضمن إذا كان
حرا رقبة ويدا ولنا أنه يضمن بالإتلاف لا بالغصب لأن نقله إلى أرض مسبعة
أو إلى مكان الصواعق سبب التلف لأنها تكون في كل مكان ولو لا نقله إلى ذلك المكان
لما أصابته صاعقة أو نهشته حية وهو فيه متعد فيضمن ما تلف به كما لو حفر
بئرا في الطريق بخلاف الموت بالحمى أو بالفجاءة لأنه يكون في الأماكن حتى لو نقله
إلى موضع تغلب فيه الحمى والأمراض يضمن فتجب الدية على العاقلة لما مر بخلاف
المكاتب الصغير لأنه في يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا بخلاف الحر الصغير
ألا ترى أن المكاتب الصغير لا يزوجه أحد والحر الصغير يزوجه وليه بخلاف
ما إذا كان يعبر عن نفسه لأنه يعارضه بلسانه فلا تثبت يده حكما وهنا قد صار
في يده فلا يعارضه بيده ولسانه كذا في الأسرار وإذا أودع صبي عبدا فقتله
فعلى عاقلته الدية كذا في الجامع الصغير لفخر الإسلام والصدر الشهيد رحمهما الله
وقوله في الهداية فعلى عاقلته الدية يحتمل أنه أراد القيمة وإنما أطلق لفظ الدية
لأنها بإزاء الآدمية والقيمة بإزاء المالية والواجب في العبد بإزاء الآدمية عند أبي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وإن أودع طعاما فأكله لم يضمن وهذا عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين
وعلى هذا إذا أودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي
رحمهما الله يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف الإقراض والإعارة والبيع والتسليم
في العبد والصبي بخلاف الصبي غير العاقل في الصحيح حتى لا يضمن غير العاقل بالإجماع
لأن تسليمه هدر وفعله معتبر لهما أنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيضمنه لأن المحجور
مؤاخذ بضمان الفعل كما لو وجد قبل العقد وهذا لأن الإيداع أمر بالحفظ
والأمر بالحفظ ضد الإذن بالتضييع فإن لم يؤكد عليه حرمة الاستهلاك فلا
يدفعها ألا ترى أن الوديعة لو كانت عبدا أو أمة يكون مضمونا وكذا
لو أتلفه غير الصبي في يد الصبي ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه استهلاك
حصل عن تسليط صحيح وشرطه باطل فلا يضمن كما لو نص عليه وهذا لأن
التسليم إليه وإثبات يده عليه تسليط عرفا إذ عادة الصبيان إتلاف المال لقلة
نظرهم في العواقب فهو لما أمكنه في ذلك مع علمه بحاله صار كالإذن في
الإتلاف وقوله الحفظ شرط باطل لأنه خاطب به من لا يحفظ ولا يعقل ولا
ولاية له عليه ولا للصبي على نفسه وهو كمن قدم الشعير بين يدي الحمار

وقال احفظ

وقال احفظ بخلاف مسألة العبد والأمة لأن إثبات اليد على عصمة دمه باطل لأنه
في حق الدم مبقى على أصل الحرية وبخلاف ما لو أتلفه غير الصبي في يده لأنه لا تسليط
في حقه إن استهلك مالا من غير إيداع ضمن لأنه مؤاخذ بأفعاله لما مر في المحجور ومن
استعمل محجورا عليه بغير إذن وليه وتلف إن لم يتخلل فعل اختياري ضمن كما
لو دفع إليه سكينا فسقط من يده وعقره وإن تخلل لا يضمن كما لو قتل به نفسه
غصب عبدا مشجوجا فمات عند الغاصب إن شاء اقتص من الشاج وإن شاء
ضمن الغاصب قيمته مشجوجا وإن شاء ضمن الشاج الشجة في ماله ونقصانها إلى
وقت الغصب وضمن الغاصب قيمته مشجوجا وإن باع المولى بشرط الخيار ثلاثا
ومات عند المشتري في الثلاث فهو كالمغصوب ولو رهنه ودينه مثل قيمته فهلك
يهلك بالدين وللسيد على الجاني أرش الشجة وإن كانت قيمته ضعف الدين رجع
السيد على الجاني بأرش الشجة ونقصانها ونصف قيمته ولو جنى عبد لمفلس فاختار
الفداء لم يجبر على دفعه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما إن لم يؤده في الحال
فعليه الدفع الآن برضى المولى بالفداء وهي فرع عتق الإفلاس وعدمه وسيد
الجاني إذا اختار الفداء فسري وصار قتلا تخير بين الدفع والاسترداد ما أعطاه
وبين الفداء بتمام الدية والقياس أن لا يكون مخيرا وعليه الدية وهو قول أبي
يوسف رحمه الله لأن الجراحة أصل واختيار الأصل اختيار لما تولد منه وجه
الاستحسان أنه اختار إمساك العبد بأقل المالين وذا لا يدل على اختيار إمساكه
بأكثر المالين مسلم قطع يده فارتد أو أسلم فمات من القطع تجب كل الدية
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجب أرش اليد
فقط لأنه لما ارتد انقطع حكم السراية بسقوط عصمته ولا فعل من الجاني بعد إسلامه
ولهما أن القطع وجد في محل معصوم فتجب كل الدية مات اثنان في بئر حفرها
عبد على الطريق فأعتقه المولى بينهما عالما به فعليه الدية ويضرب الثاني في الدية
بعد رقبة الجاني فيضرب هذا بجميع قيمة العبد والأول بجميع الدية فيقسم
بينهما على ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن المولى للولي الثاني نصف
القيمة والدية لولي الأول لأن العبد صار قاتلا كليهما من وقت الحفر والمولى
أعتقه وهو يعلم بأحدهما دون الآخر فصار مختارا للفداء في حق من علم وعليه
نصف قيمته للذي لم يعلم وله أن دفع الدية كدفع قيمته ولو أعتقه وهو
لا يعلم وغرم قيمته للأول لا يغرم للثاني شيئا آخر بل يشارك الأول وكذا هنا
جنى المغصوب على سيده يعتبر عنده خلافا لهما ولو جنى على غاصبه لا يعتبر
عنده وعندهما يعتبر والأصل أن جناية المملوك على مالكه هدر إلا أنه اعتبر المال
إذ الغاصب يملكه بالضمان وهما اعتبرا الحال والخلاف في الجناية الموجبة للمال

أما إذا كانت موجبة للقود بقتل العبد قصاصا • أعتق في مرض موته عبده ثم قتل معتقه في مرضه خطأ فعليه أن يسعى في قيمتين عند أبي حنيفة رحمه الله أحدهما لنقض الوصية لأن الإعتاق في مرض الموت وصية وهي للقاتل باطلة • إلا أن العتق لا ينقض بعد وقوعه فتجب قيمته • ثم عليه قيمة أخرى بقتل مولاه لأن المستسعى كالمكاتب عنده • والمكاتب إذا قتل مولاه فعليه الأقل من قيمته ومن الدية • والقيمة أقل وعندهما يسعى في قيمة واحدة رد الوصية والدية على عاقلته لأنه حر مديون عندهما • رجل مات وترك مدبرا لا مال له غيره فقتل هذا المدبر رجلا خطأ فعليه أن يسعى في قيمته لولي القتيل عند أبي حنيفة رحمه الله • لأن المستسعى كالمكاتب وعلى المكاتب في قتل إنسان خطأ كذلك • وعندهما فيه الدية على العاقلة لأنه حر مديون •

كتاب القسامة والعاقلة

القسامة هي الأيمان تقسم على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل • وإذا وجد قتيل في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا • فإن حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية • ولا يحلف الولي • وقال الشافعي رحمه الله إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا فإن حلفوا يقضى بالدية على المدعى عليه عمدا كان الدعوى أو خطأ في قول وفي قول يقضى بالقود إذا كانت الدعوى في العمد وهو قول مالك رحمه الله • وإن نكل المدعي عن اليمين حلف المدعى عليهم • فإن حلفوا تركوا ولا شيء عليهم وإن نكلوا فعليهم القصاص في قول • والدية في قول • واللوث عندهما قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بأن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه • وإن لم يكن الظاهر شاهدا له حلف أهل المحلة على ما قلنا فالخلاف في موضعين في تحليف المدعي أولا وفي براءة أهل المحلة باليمين للشافعي رحمه الله في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للأولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه • لأن اليمين حجة لمن يشهد له الظاهر كما في سائر الدعاوى • فإن الظاهر يشهد للمدعى عليه • لأن الأصل في الذمم البراءة والظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث وقرب العهد فيكون اليمين حجة • ولكن هذه الحجة ضرب شبهة والقصاص عقوبة فيسقط بالشبهات • بخلاف المال فلهذا أوجب الدية في الجديد • ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه • وروى ابن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولأن اليمين حجة ليست صالحة للاستحقاق فليس فكيف يصلح حجة لاستحقاق النفس خصوصا في موضع يتيقن بأن الحالف

مجازف يحلف على ما لم يعاينه بأمر محتمل وهو اللوث وإنما شرعت اليمين لإبقاء ما كان على ما كان فلا يستحق بها ما لم يكن مستحقا • وقوله يتخيرهم الولي يشير إلى أن تعيين الخمسين إلى خيار الولي لأن اليمين حقه فإليه تعيين من يتوقى في حقه وله أن يختار الشبان والفسقة لأن تهمة القتل عليهم أظهر • وله أن يختار المشايخ والصلحاء منهم لأنهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة • فإذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يحلفوا • ولو اختاروا في القسامة أعمى أو محدودا في قذف جاز • لأن هذه يمين وليست بشهادة فتعتبر أهلية اليمين • بخلاف اللعان لأنه شهادة وهما ليسا بأهل الشهادة • فإذا حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية وقال الشافعي رحمه الله برئوا عن الدية لما روي سهل بن أبي حثمة أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة رضي الله عنهم أجمعين خرجوا في التجارة إلى خيبر وتفرقوا في حوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر يتشحط في دمه • فجاؤوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل رضي الله عنهما أن يتكلم • فقال عليه السلام الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة فأخبره بذلك • قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود • قال عليه السلام تبرئكم اليهود بأيمانها • ولأن الحلف مبرئ في سائر الدعاوى فكذا هنا ليكون موافقا للأصول • ولنا ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر أن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجه عنكم • فكتبوا إليه أن مثل هذه الحادثة وقعت في بني إسرائيل فأنزل الله على موسى أمرا • فإن كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب إليهم إن الله أراني أن أختار منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله تعالى ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية • فقالوا لقد قضيت فينا بالناموس أي الوحي • وروى حصيف عن زياد بن أبي مريم رضي الله عنهما أنه قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال وجدت أخي قتيلا في بني فلان • فقال عليه السلام اختر من شيوخهم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا • فقال الرجل وليس لي من أخي إلا هذا • فقال عليه السلام نعم ومائة من الإبل • وروي أن قتيلا وجد بين وادعة وأرحب وكان إلى وادعة أقرب فقضى عليهم عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية • فقال وادعي يا أمير المؤمنين لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا • فقال إنما حقنتم دماءكم بأموالكم • وإني أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم • وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس • وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين وما شرعت القسامة لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القاتل بتحرزهم عن اليمين الكاذبة

المملكة فيعترفوا بالقتل . وإذا حلفوا برئوا عن القصاص . ثم الدية إنما تجب بالقتل الموجود
منهم ظاهرا . إذ الظاهر أن القاتل منهم ويمكن القاتل من القتل بنصرتهم وقوتهم فأوجب
الشرع الدية عليهم صيانة لدم المقتول عن الهدر . ولأنهم لما قصروا في صيانة المحلة
صاروا كالمتسببين للقتل فإنه لولا تقصيرهم لما وقع في هذا الأمر والتسبب
موجب للدية . وذكر في المبسوط في ظاهر الرواية بالقسامة على أهل المحلة والدية
على عواقلهم . وما وقع في أكثر النسخ فإذا حلفوا قضي على أهل المحلة بالدية فيحتمل
أن يكون المراد على عاقلة أهل المحلة . ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف لأن اليمين
في القسامة حق مقصود لتعظيم أمر الدم . ومن لزمه حق مقصود ولا تجري
النيابة في أدائه يحبس إذا امتنع منه لوفي كما في كلمات اللعان . ألا ترى أنه
يجمع بينه وبين الدية وهذا بخلاف النكول في المال . لأن اليمين ثم بدل عن أصل
حقه . وبهذا سقط بدل المدعي وهنا لا يسقط بدل الدية . وهذا إذا ادعى القتل
على كل أهل المحلة أو ادعى على البعض لا بأعيانهم والدعوى في العمد والخطأ . لأنهم
لا يتميزون عن الباقي . أما لو ادعى على البعض بأعيانهم فسيأتي بعد إن شاء الله تعالى .
وإن لم يكمل أهل المحلة كررت الأيمان عليهم حتى تكمل خمسين يمينا . لما روي أن الذين
جاؤوا إلى عمر رضي الله عنه من أهل وادعة كانوا تسعة وأربعين رجلا فحلفهم ثم اختار
منهم واحدا فكرر عليه اليمين . ومثله عن شريح والنخعي رضي الله عنهما . ولأن
عدد اليمين في القسامة منصوص عليه ولا يجوز الإخلال بالعدد المنصوص عليه .
فإن كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم لم يكن له ذلك . لأنه
إنما يصار إلى التكرار لضرورة الإكمال ولا ضرورة هنا . ولا قسامة على صبي ومجنون
وامرأة وعبد لأنهم أتباع لا تقوم النصرة بهم واليمين على أهل النصرة . وإن وجد
ميت لا أثر به فلا قسامة ولا دية . لأن القتيل من ذهبت حياته بسبب مباشرة
حي عادة . والقسامة شرعت في المقتول وهي إنما تباين الميت حتف أنفه بالأثر فمن
لا أثر به فهو ميت فلا حاجة بنا إلى صيانة دمه عن الهدر . ومن به أثر فهو مقتول
وبنا حاجة إلى صيانة دمه عن الهدر . ومن به أثر فهو مقتول وبنا حاجة إلى صيانة دمه
وذا بأن يكون جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا إذا خرج الدم من عينه أو أذنه
لأن الدم لا يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل أحد وقد بيناه في الشهيد
وإذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف القتيل أو نصف البدن ومعه الرأس
أو أحد يديه أو رجليه فلا شيء عليهم فيه . لأن الموجود ليس بقتيل إذ الأقل ليس كالكل
ولأن هذا يؤدي إلى تكرار القسامة والدية في قتيل واحد . فإنا لو أوجبنا في وجود
هذا النصف في هذه المحلة القسامة والدية في قتيل واحد على أهلها لم نجد بدا
من أن نوجب إذا وجدنا النصف الآخر في محلة أخرى القسامة على أهلها وتكرار

القسامة والدية في قتيل واحد غير مشروع . والأصل فيه أن الموجود الأول إن كان
بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه . وإن كان بحال لو وجد
الباقي لا تجري القسامة تجب والمعنى ما بينا وصلاة الجنازة مبنية على هذا الأصل
لأنها لا تتكرر أيضا . ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء
على أهل المحلة اعتبارا بالكبير . فإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة منه
والدية عليهم لأن تام الخلق ينفصل حيا ظاهرا . وإن كان ناقص الخلق فلا شيء
عليهم لأنه انفصل ميتا ظاهرا . وإن وجد القتيل على دابة يسوقها رجل أو يقودها
أو هو راكبها فالدية على عاقلته دون أهل المحلة لأنه في يده فصار كما لو كان
في داره . وإن اجتمعوا فعليهم لأن القتيل في أيديهم فصار كما لو وجد في دارهم
وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فعلى أقربهم القسامة والدية . لأن
قتيلا وجد بين قريتين في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأمر أن يمسح بينهما
فوجد إلى إحدى القريتين أقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وقد روي
عن عمر رضي الله عنه مثله . وقيل هذا محمول على ما إذا كانت بحيث يبلغ
أهلها الصوت . أما إذا كانت بحيث لا يبلغهم الصوت فلا شيء عليهم . لأنه إذا كان
بحيث يبلغه الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا . وإذا كان
في موضع لا يسمعون صوته لا يلزمهم نصرته فلا ينسبون إلى التقصير فلا يجعلون
قاتلين تقديرا . وإن وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه . لأن التدبير في حفظ
الملك الخاص إلى المالك والدية على عاقلته لأن نصرته وقوته بهم والقسامة والدية
على أهل الخطة دون السكان والمشترين في هذا فصول أحدها أنه لا يدخل السكان
في القسامة مع الملاك مع أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله
أهل الخطة والمشترون والسكان سواء في القسامة والدية . لأنه عليه السلام قضى
بالقسامة والدية على أهل خيبر وقد كانوا سكانا بخيبر . ولأن وجوبها عليهم لالتزامهم
الحفظ أو لوجود القتيل بينهم والكل في ذلك سواء . ولهما أن التدبير في حفظ المحلة
إلى الملاك دون السكان . لأن السكان يتحولون في كل وقت من محل إلى محل دون
الملاك . ولأن ما يكون من الغنم وهو الشفعة يختص به الملاك فكذا ما يكون
من الغرم وأهل خيبر كانوا ملاكا . وثانيها أنها على أهل الخطة دون المشترين
عندهما . وقال أبو يوسف رحمه الله الكل مشتركون . لأن ما يجب بالملك لا
يختلف باختلاف أسباب الملك كالشفعة . ولهما أن صاحب الخطة هو المختص
بتدبير المحلة والمحلة تنسب إليه دون المشتري وقلما يزاحم المشتري في التدبير
والقيام بحفظ المحلة فكان هو المختص بالقسامة والدية دون المشتري . وقيل
إنما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا الجواب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة .

في زماننا أن أصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم
المشترون في ذلك. وإن بقي أحد منهم أي من أهل الخطة فكذلك لأن المشترين
أتباع لأصحاب الخطة فما بقي من الأصل يكون الحكم له دون التبع. وقالا إنه إذا لم
يبق واحد من أصحاب الخطة بأن باعوا كلهم فهو على المشترين لأنه لما لم يتقدمهم
ويزاحمهم فانتقلت الولاية إليهم إذ خلصت لهم. وإن وجد قتيل في دار فالقسامة
على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة إن كانوا حضورا. وإن كانوا
غيبا فالقسامة على رب الدار تكون عليه الأيمان. وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال أبو يوسف رحمه الله لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أخص بها من غيره
فلا يشاركه غيره في القسامة كأهل المحلة لا يشاركهم عواقلهم فيها. ولهما أن بالحضور
لزمهم نصرة الموضع كما يلزم رب الدار فيشاركونه في القسامة. وإن وجد قتيل في دار
مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فالعقل على رؤوس الرجال. لأن
هذا الحكم مضاف إلى ولاية الحفظ. وعند التقصير فيه تثبت أحكام القتل بدلالة
الملك وولاية الحفظ ثابتة لهم على السواء والدلالة واحدة لا تختلف إنها تتفاوت
الملك فكان على عدد الرؤوس كالشفعة. ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها
قتيل وليس في الشراء خيار فالدية على عاقلة البائع. وإن كان في البيع خيار لأحدهما
فهو على عاقلة ذي اليد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالا إن لم يكن في الشراء خيار
فالدية على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فالدية على عاقلة الذي تصير الدار إليه
لهما أن الحفظ في الشرع علته ملك الرقاب فيكون المالك هو المقصر فيصير هو
قاتلا تقديرا. والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي فيه الخيار يعتبر
قرار الملك كما في صدقة الفطر. وله أن الحفظ إنما يكون باليد لأنه يقدر
على الحفظ باليد بلا ملك ولا يقدر بالملك بدون اليد. والحاصل أنه اعتبر اليد
وهما اعتبرا الملك إن وجد وإلا فيتوقف على قرار الملك واليد لم تكف لوجوب
الدية على العاقلة. حتى لو كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى
يشهد الشهود أنها لذي اليد. يعني إذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار له. أو قالوا إنها
وديعة في يده وهذا لما عرف أن الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وفي الحاجة إلى
الاستحقاق هنا فوجب إثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار بيعت وأنكر
المشتري أن تكون الدار التي في يد الشفيع ملكا له فإنه لا يستحق الشفعة بيده
عليها حتى يقيم البينة على الملك. ولا يلزم أن أبا حنيفة رحمه الله يعتبر اليد في استحقاق
الدية كما ذكرنا آنفا لأنه يعتبر الملك لا مجرد اليد. ولم يثبت هنا يد الملك إلا
بالبينة. فإن وجد قتيل في فلك فالقسامة على من فيه من الركاب والملاحين
والدية عليهم. وهذا اللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها

وعلى

وعلى السكان فكذا من بيدها الملك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة. وعلى هذا
مذهب أبي يوسف رحمه الله ظاهر أنه جعل السكان والملاك في القتيل الموجود في المحلة
سواء. وكذا القتيل الموجود في السفينة. وأما عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون
الملاك لأن التدبير في المحلة إلى الملاك دون السكان. وفي السفينة الظاهر أنهم في تدبيرها
سواء إذا حزبهم أمر. وهذا لأن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك
فإنها مركب كالدابة فكما أن المعتبر في القتيل الموجود على الدابة اليد دون الملك
فكذا في القتيل الموجود في السفينة وهم في اليد عليها سواء. بخلاف المحلة والدار
لأنها لا تنقل. وإن وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها لأنهم أحق الناس
بالتدبير فيه. وإن وجد في المسجد الجامع أو الشارع فلا قسامة فيه والدية على بيت
المال لأن المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذا لا يتحقق في حق العامة. وكذلك
الجسور العامة ومال بيت المال معد لذلك. ولو وجد في سوق إن كان مملوكا
فعند أبي يوسف رحمه الله يجب على السكان وعندهما على المالك. وإن لم يكن مملوكا
كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لأنه لجماعة المسلمين. ولو وجد
في السجن فالدية على بيت المال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف
رحمه الله الدية والقسامة على أهل السجن لأنهم سكان وهم الذين يقومون بتدبير ذلك
الموضع ما داموا فيه فالظاهر أن القتل حصل منهم. ولهما أن أهل السجن مقهورون
في المسكون في ذلك الموضع فقلما يقومون بحفظه والتدبير فيه. ثم ذلك الموضع معد
لمنفعة المسلمين فدية القتيل الموجود فيه تكون على بيت مال المسلمين. قالوا وهذا
بناء على مسألة الملاك والسكان وقد مضى الاختلاف فيه. وإن وجد في برية ليس
بقربها عمارة فهو هدر. وتفسير القرب ما مر من استماع الصوت لأنه إذا كان
بحيث يبلغه الصوت يكون من فناء العمران وهم أحق فيه لرعي مواشيهم. ألا ترى
أنه ليس لأحد أن يحيي ذلك الموضع بغير رضاهم. فأما ما وراء ذلك فهو من جملة
الموات ولا يجب فيه شيء. وهذا إذا لم تكن مملوكة فأما إذا كانت فالقسامة
والدية على عاقلته. وإن وجد بين قريتين فهو على أقربهما وقد مر. وإن وجد في
وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لأنه ليس في يد أحد ولا في ملكه. وقال زفر
رحمه الله على أقرب القرى القسامة والدية كما لو كان محتبسا بالشاطئ. ولنا
أنه ينتقل من مكان إلى مكان وثم لا ينقل. ولو كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب
القرى من ذلك المكان على التفسير الذي مر لأن المحتبس بالشاطئ كالملقى على الشاطئ
والذي يقرب من ذلك الموضع أخص بالتدبير فيه لأنهم يستقون ويسقون دوابهم
إلى ذلك الشط. ولو كان نهرا صغيرا لقوم معروفين فالقسامة والدية عليهم
لأنهم أحق الناس بالانتفاع بمائه سقيا لأراضيهم والتدبير في كريه وإجراء الماء فيه

إليهم فكان بمنزلة المحلة والنهر الصغير ما يستحق بالشركة فيه الشفعة وما لا يستحق فيه
الشفعة فهو بمنزلة العظيم كالفرات وجيحون وإن ادعى الولي على واحد من غير أهل المحلة
بعينه لم تسقط القسامة والدية لأنه نفى القتل عنهم وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل
منهم وإن ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة والدية عنهم لأنه
ذكر ما كان لنا معلوما ظاهرا وهو أن القاتل واحد من أهل المحلة ولكنه لا يعلم ذلك
حقيقة وبدعوى الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة أنه هو القاتل
فإذا لم تستفد الدعوى عنده شيئا لا يتغير الحكم به فبقيت القسامة والدية على أهل المحلة
كما كانا وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لأن حفظ
المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم وإذا لم يعرف من باشر جعل عليهم القسامة والدية
إلا أن يدعي أولياؤه على أولئك أو على رجل منهم فلم يكن على أهل المحلة ولا على أولئك شيء
حتى يقيموا البينة أما على أهل المحلة فلأن هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة
عن القسامة وأما على أولئك فلأن بمجرد الدعوى لا يثبت قال عليه السلام
لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين
على من أنكر ولكن يسقط الحق عن أهل المحلة لأن قولهم حجة عليهم ولو وجد
قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك لأحد فيها فإن وجد في خباء أو فسطاط
فعلى من يسكنه الدية والقسامة وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب
الأخبية لأن المعتبر هو اليد في الموضع الذي لا ملك لأحد فيه والقوم إن كانوا لقوا
قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة فيه ولا دية لأن الظاهر أنه قتيل الأعداء
إذ الظاهر أن الإنسان بعد الالتقاء إنما يقتل من يعاديه لا من يواليه وإنما أوجبنا
القسامة والدية على أهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر وقد عدم هنا وإن لم يلقوا
عدوا فعلى ما مر وإن كان للأرض مالك فعلى عاقلة رب الأرض القسامة والدية
لأن المالك هو المختص بالتدبير في ملكه وولاية حفظه في ملكه إليه وقد مر
أن لا عبرة للسكان في المحلة مع الملاك وقيل في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله
ينبغي أن يكون على الساكنين في ذلك الموضع لأن عنده السكان في المحلة مع الملاك
وإذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا
غير فلان لأنه بقوله يريد إسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل فيحلف بهذه
الصفة لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم غيره فيحلف عليه
وإن شهد اثنان من أهل المحلة على قتل واحد منهم أو غيرهم لغت الشهادة اعلم
أن القتيل إذا وجد في محلة الولي ادعى قتله على غيرهم فشهد اثنان من أهل المحلة
لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل والكلام فيه يرجع إلى أصل
مجمع عليه وهو أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من أن يكون خصما

لم تقبل شهادته وإن كان له عرضية أن يصير خصما ثم بطلت هذه العرضية
فشهد بقتل تقبل شهادته والتخريج على هذين الأصلين فقالا الثابت على أهل المحلة
عرضية أن يصيروا خصماء لو ادعى الولي عليهم وقد بطلت هذه العرضية بالدعوى على
غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة وإذا عزل قبل أن يخاصم ثم شهدوا
في تلك الحادثة وله أن أهل المحلة صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل
بين أظهرهم ومن صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها وإن خرج من الخصومة
كالوكيل إذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل فشهد وكالوصي إذا خرج من الوصاية
بعد ما قبلها ثم شهد وعلى هذين الأصلين تخرج كثير من المسائل من هذا الجنس
ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة
لأن الخصومة قائمة مع الكل لما مر أنهم خصماء في هذه الحالة فالشاهد يقطع الخصومة
عن نفسه فكان متهما في هذه الشهادة فإذا لم تقبل شهادتهما قال أبو يوسف
رحمه الله إن اختار الولي الشاهدين من جملة من يستحلفهم يحلفهما بالله ما قتلنا
فيسقط الاتهام عنهما لأنهما يعلمان القاتل فلا معنى لاستحلافهما على العلم وإنما يستحلفان
على البتات بالله ما قتلنا وقال محمد رحمه الله يحلفان بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا
سوى فلان لأن ما هو المقصود يحصل بهذا الاستثناء ولا يجوز إسقاط اليمين
عن العلم في حقهما كما لا يجوز في حق غيرهما فإذا جرح الرجل في قبيلة
فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات
فالقسامة والدية على القبيلة وإن لم يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة
وقال أبو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة في الوجهين لأن القسامة
والدية في القتيل الموجود والجريح ليس بقتيل فصار كما لو لم يكن صاحب فراش
ولنا أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت
يجعل كالمستند من أول سببه في حكم التصرفات فكذا في حكم القسامة
والدية يجعل كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع فإذا لم يكن صاحب
فراش في حكم التصرفات كالصحيح فكذا في حكم القسامة والدية وعلى هذا التخريج
إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فإن كان
صاحب فراش فهو على الذي كان يحمله كما لو مات على ظهره وإن كان
يذهب ويجيء فلا شيء على من حمله وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله وهذا
لاختلاف وجوده جريحا في يده كوجوده في المحلة وقد مر الوجهان في مسألة
القبيلة فلو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فعلى عاقلته ديته لورثته عند أبي
حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليهم لأنه لو وجد غيرهم قتيلا في هذه الدار يجعل
كالمباشر لقتله في حكم الدية فإذا وجد هو قتيلا يجعل كأنه قتل نفسه ومن

قتل نفسه فيهدر دمه. وله أنه وجد قتيلاً في ذلك الموضع كانت الدية على عاقلته فإذا
وجد قتيلاً فيه كانت الدية على عاقلته. وهذا لأن السبب وجود القتيل في ذلك
المكان كما نص عليه عمر رضي الله عنه وإنما أغرمهم الدية لوجود القتيل بين
أظهركم. ألا ترى أن من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية. وحين وجد هو قتيلاً
في دار مملوكة لورثته لأنه ميت ليس من أهل الملك فتكون الدية عليهم
وهذا بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار من كسبه فإنه لا يجب فيه شيء
لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على ملكه لبقاء عقد الكتابة بعد ما وجد هو قتيلاً
فيها فيجعل كأنه قتل نفسه فيهدر دمه. واختلف المشايخ رحمهم الله في وجوب
القسامة على عاقلته على قوله. واختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن لا تجب القسامة
هنا لأنه لو وجد غيره قتيلاً تكون القسامة عليه دون عاقلته. فإذا وجد هو
قتيلاً يتعذر إيجاب القسامة بخلاف الدية. ولو أن رجلين كانا في بيت وليس
معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحاً. قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية
وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أن يكون قتله
الآخر فلا يجب الضمان بالشك. ولأبي يوسف رحمه الله أن الظاهر أن الإنسان
لا يقتل نفسه فلا يعتبر ذلك التوهم كما لو وجد قتيلاً في محلة لا يلتفت إلى ذلك
التوهم. ولو وجد قتيل لامرأة في قرية فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله عليها
القسامة تكون الأيمان عليها وعلى عاقلتها الدية. وعاقلتها أقرب القبائل إليها في
النسب لأنها ليست من أهل النصرة. وقال أبو يوسف رحمه الله على العاقلة أيضاً
لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهل النصرة
فصارت كالصبي. ولهما أن القسامة في القتيل في الملك باعتبار الملك نفياً لتهمة القتل
والمرأة في الملك وتهمة القتل كالرجل في القسامة. وقال المتأخرون من أصحابنا
رحمهم الله إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لأنا جعلناها
قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة لأنه لما وجب على غير المباشر فعلى المباشر أولى أن
يجب جزء منها. وإذا وجد رجل قتيل في أرض رجل إلى جانب قرية ليست لصاحب
الأرض من أهل القرية فهو على صاحب الأرض لأن التدبير في حفظ الملك الخاص
إلى المالك دون غيره فيجعل كأن المالك هو القاتل.

باب العاقلة

الدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة بخلاف
ما وجب بالصلح أو بالإقرار وقد مر في الديات. والعاقلة الذين يعقلون العقل
أي يؤدون الدية عقلاً ومعقلة لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسك. وجمع
المعقلة معاقل. والأصل في إيجاب الدية على العاقلة بالخطأ وشبه العمد قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم لأولياء الضارب قوموا فدوه. ولأن الخاطئ معذور

وعلى أنه لا يسقط حرمة نفس المقتول ولكن يمنع وجوب العقوبة فأوجب الشرع الدية
صيانة للدم عن الهدر. وفي إيجاب الكل على القاتل إجحاف به فيكون بمنزلة العقوبة
وقد سقطت العقوبة عنه للعذر فضم الشرع إليه العاقلة لدفع معنى العقوبة. وكذا
في شبه العمد باعتبار الآلة للتأديب لم يكن فعله محظوراً محضاً حتى لا يجب عليه
القود فلا يكون جميع الدية عليه دفعاً للعقوبة عنه. ولكن تجب الدية هنا مغلظة إبانة
لمعنى العمدية ووجب على العاقلة دفعاً للعقوبة عن القاتل. وإنما خصوا بالضم لأن مثل
هذا الفعل لا يكون إلا بضرب استهانة وقلة مبالاة وتقصير في التحرز وإنما يكون
بقوة يجدها المرء في نفسه بكثرة أعوانه وأنصاره وإنما تنصره عاقلته فخصوا به
وإن لم يجنوا تحقيقاً للتعاون والتناصر. والعاقلة أهل الديوان إن كان القاتل
من أهل الديوان تؤخذ من أغنيائهم في ثلاث سنين. وأهل الديوان أهل الرايات وهم
الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان. وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية
على أهل العشيرة لأنه كان عليهم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ
بعده لأنه لا يكون إلا بوحي على لسان نبي ولا نبي بعده صلى الله عليه وسلم. ولأنه صلة
والأقارب أحق بالصلات كالإرث والنفقات. ولنا أن عمر رضي الله عنه فرض
العقل على أهل الديوان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه منكر فكان ذلك
إجماعاً منهم. فإن قيل كيف يظن بهم الإجماع على خلاف ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم
فإنهم علموا أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى على العشيرة باعتبار النصرة فكان قوة
المرء ونصرته بعشيرته ثم لما دون عمر رضي الله عنه الدواوين صارت القوة
والنصرة بالديوان فلهذا قضوا بالدية على أهل الديوان. فإن كان القاتل من قوم
يتناصرون بالقبائل يعتبر ذلك. وإن كانوا يتناصرون بالحرفة فعاقلته أهل
حرفته. وإن كانوا يتناصرون بالحلف فأهله. لأن المعنى إذا عقل في الحكم الشرعي
يتعدى الحكم بذلك المعنى إلى الفروع والوجوب عليهم بطريق الصلة كما قال
فإيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من إيجابها في أصول أموالهم. والتقدير
بثلاث سنين منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه. ولأن الأخذ
من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة. فإن خرجت العطايا في أكثر
من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها. وهذا إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة
بعد القضاء بالدية حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء
لا يؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء. لأن من عليه غير معلوم كلاماً لا يتعين
إلا بالقضاء. ولو خرج للعاقلة ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل
يؤخذ منها كل الدية لوجود محل الدية فلا غاية في التأخير. وإذا كان
جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة ومتى كان الواجب بالعقل

ثلث الدية للنفس او اقل من ذلك كان في سنة واحدة • وما زاد على الثلث الى تمام
الثلثين في السنة الثانية • وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة • وما وجب على
العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين • لان
تقوم النفس بالمال غير معقول • وانما عرف ذلك شرعا والشرع انما ورد بايجاب الدية
مؤجلة في ثلاث سنين فعلينا اتباعه • وقال الشافعي رحمه الله ما وجب في ماله
فهو حال • لان التاجيل للتخفيف لاجل الايجاب على العاقلة فلا يثبت ذلك اذا كان
القتل عمدا محضا • وان قتل عشرة رجلا خطاء فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث
سنين • لان ما يجب على كل واحد منهم بدل النفس • وبدل النفس يكون مؤجلا
في ثلاث سنين • فيعتبر الجزئية بالكل • وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من
وقت القضا بالدية لان ثبوت الاجل يبتني على وجوب المال والمال انما يجب بالقضا
اذ الواجب الاصلي المثل ومثل النفس نفس • الا انه اذا رفع الى القاضي تحقق العجز
عن استيفاء النفس فيتحول الحق بقضايه الى المال فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد
المغرور فان قيمته انما تجب على المغرور بالقضاء • وان كان رد عينه متعذرا قبل
القضا ولكن في الحكم جعل الواجب رد العين الا ان يحوله القاضي الى القيمة بالقضاء
ولهذا لو هلك الولد قبل القضا لم يضمن شيا • ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته
قبيلته اي عشايره واقاربه • لان نصرته بالقبيلة وهي المعتبرة في التعاقل فصارت
حاله كحال من كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم • وقد بينا انه عليه السلام قضى
بالعقل على الاقارب يقسم عليهم في ثلاث سنين لا يوخذ من كل واحد في كل
سنة الا درهم او درهم وثلث درهم فلا يزاد على كل واحد من كل الدية في
ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها • وهذا
يشير الى انه يزاد على اربعة من كل الدية والصحيح هو الاول • فان لم تتسع القبيلة
ضم اليهم لذلك اقرب القبايل نسبا تحقيقا للتخفيف وتفاديا عن الاجحاف • ويضم
الاقرب الى ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم • واما الاباء
والابناء فقيل يدخلون لانهم اقرب • وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى
لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة • وهذا المعنى انما يكون عند الكثرة
والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك انه ضم اليهم
اقرب الرايات نصرة اذا نابتهم نايبة الاقرب فالاقرب • وذلك مفوض الى الامام
وهذا عندنا • وعند الشافعي رحمه الله ما يقضى به على كل واحد لا يكون اقل
من نصف دينار لانها صلة واجبة شرعا فتعتبر بالزكوة وادنى ما يجب في الزكوة
نصف دينار او خمسة دراهم ولنا ان الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل
وذا في القليل دون الكثير • وهذه صلة امروا باداءها على وجه التبرع فلا يبلغ
مقدارها

مقدارها مقدار الواجب من الزكوة بل ينقص من ذلك • الا ترى انها لا تجب في اصول
اموالهم وانما تجب فيما هو صلة وهو العطا تحقيقا للتخفيف • ولو كان عاقلة الرجل
اصحاب الرزق يقضى بالدية عليهم في ارزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث •
لان الرزق في حقهم قايم مقام العطا والعطا انما كان محلا لقضاء الدية منه • لانه
صلة تخرج لهم من بيت المال وهذا موجود في الرزق • ثم ينظر فان كانت
ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما خرج رزق يوخذ منه الثلث • وان كانت
تخرج في كل شهر يوخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى
في كل سنة مقدار الثلث • وان خرج الرزق بعد قضاء القاضي بيوم او اكثر
اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر • فان كانت لهم ارزاق في كل شهر
واعطية في كل سنة فرضت عليهم الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم • لان
الارزاق انما كانت محلا خلفا عن الاعطيات ولا يعتبر الخلف مع وجود
الاصل • وهذا لان الارزاق لهم لكفاية الوقت فاخذ شيء من ذلك منهم
يؤدي الى الاضرار بهم وتعبا لهم • واما الاعطيات فليست لكفاية الوقت
ولكن ليكون لهم حتى يكونوا مجتمعين في الديوان قايمين بالنصرة فيتيسر عليهم
الاداء منها • وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم • وقال
الشافعي رحمه الله ليس على القاتل شيء من الدية • لان الخاطي معذور بالحديث المعروف
وانما يتحقق ذلك اذا لم يكن شيء من الدية عليه واعتبر الجزء بالكل • فالمعنى الذي
يوجب سائر الاجزاء على العاقلة من نصرة او صلة يوجب هذا الجزء عليهم ايضا •
وكذا المعنى الذي يوجب نفي سائر الاجزاء عنه يقتضي نفي هذا الجزء عنه ولنا
ان الايجاب على العاقلة لدفع الاجحاف وذا في الكل لا في الجزء • ولان الوجوب
عليهم باعتبار النصرة ولا شك انه ينصر نفسه كما ينصر غيره • وغير الجاني ابعد
من المواخذة من الجاني المعذور • فاذا وجب على كل واحد من العاقلة جزء من الدية
مع انه بري • وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى فلان تجب عليه
وهو جان اولى • وليس على النساء في الدية ممن كان له عطاء في الديوان عقل لقول
عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة • ولان العقل انما يجب
على اهل النصرة لتقصيرهم في مراقبته وكفه عن مثل هذا العقل ولا تناصر
بالصبيان والنساء وانما يفرض لهما لا للنصرة كما فرض عمر رضي الله عنه لازواج
النبي صلى الله عليه وسلم العطا في الديوان وكان يفضل البنين في كل سنة وعلى هذا
لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية • وكذا في المبسوط
وقد مر ان القاتل يشارك العاقلة عندنا خلافا له ولا يعقل اهل مصر عن اهل
مصر اخر • يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة • لان التناصر

بالديوان عند وجوده ولو كان تناصرهم باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب
من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم وقراهم لأنهم أتباع لهم فإنه
إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فأهل المصر يعقلون عنهم باعتبار معنى القرب والنصرة
ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه إنما يستنصر
بأهل ديوانه لا بجيرانه ألا ترى أن القرب في السكنى لا يكون أقوى من قرب القرابة
ولو أن أخوين لأب وأم ولأحدهما ديوان بالكوفة وديوان الآخر بالبصرة لم يعقل
أحدهما عن الآخر وإنما يعقل عن كل واحد منهما أهل ديوانه والأصل أن التناصر
بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء والقرب والسكنى
وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما مر وعلى هذا تخرج المسائل ومن جنى
جناية من أهل المصر وليس له عطاء في الديوان وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه
المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولو لم يكن له فيهم عطاء ثم قتل
عقلوا عنه سواء كان قريبا لهم أو لم يكن لأنه إذا كان بين ظهرانيهم
صار كالعبد والحليف لهم لأنهم الذين يقومون بنصرة أهل المصر والذب عنهم
ولا يخصون بذلك من كان له في المصر عطاء فكانوا عاقلة جميع أهل المصر
وقيل المراد به إذا كان قريبا لهم وإليه الإشارة بقوله أهل البادية أقرب إليه
فكان الوجوب عليهم باعتبار القرابة وإن كان من أهل البادية أقرب نسبا فهم
أقرب مكانا فكانوا أقدر على النصرة وصار كصغيرة لها وليان أحدهما أقرب
وهو غائب غيبة منقطعة فإن الولاية الإنكاح إلى الأبعد الحاضر لأنه أقدر
على إقامة مصالحها ولو كان البدوي نازلا في المصر وليس له مسكن لا يعقل
عنه أهل العطاء لأن أهل العطاء لا ينتصرون بمن لا مسكن له فيه كما أن أهل
البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا ينتصر بهم إذا لم يكن مسكنه فيهم وإن
كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته
بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات ومعنى التناصر الذي
يبتنى عليه تحمل العقل يوجد فيهم كما يوجد فينا وإن لم تكن لهم عاقلة
معروفة يتعاقلون بها فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما
في المسلم وهذا لأن أصل الوجوب على القاتل وإنما يتحول عنه إلى العاقلة إذا وجدت
فإذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة مسلم في دار الحرب قتل مسلما خطأ وهما تاجران
فيها فإنه يقضى بالدية عليه في ماله لأن من يكون في دار الحرب فأهل الإسلام
لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا الفعل لا يكون بنصرتهم ولا يعقل مسلم عن
كافر ولا كافر عن مسلم والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم
لأن التعاقل يبتنى على الموالاة والتناصر وذا لا يكون عند اختلاف الملة وإنما يكون

كذا في ع

عند اتحادها والكفر ملة واحدة قالوا وهذا إذا لم تكن المعاداة فيهم ظاهرة أما
إذا كانت ظاهرة كاليهود مع النصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم عن بعض
وهكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله لما بينا وإن كان القاتل من أهل الكوفة وله
بها عطاء ولم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه إلى البصرة فإنه يقضى بالدية على
عاقلته من أهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهي
رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت منه وعاقلته
أهل ديوانه بالكوفة وبعد ما تحول إلى ديوان البصرة لم توجد منه جناية وصار كما
لو قضي بالدية على عاقلته بالكوفة ثم تحول إلى ديوان البصرة قبل استيفاء شيء فإن الدية
تكون على عاقلته من أهل الكوفة ولنا أن المال لا يجب بنفس القتل وإنما يجب بالقضاء
على ما قدرنا أن الواجب هو المثل وإنما ينتقل إلى المال بالقضاء والأصل الوجوب على القاتل
وبعد ما وجب عليه تتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون
عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الوجوب ثم قد تقرر عليهم فلا
يتحول إلى غيرهم بعد ذلك ثم إذا تحول بعد القضاء يؤخذ حصة القاتل من
عطايه بالبصرة لأن الدية تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة ولو قلت العاقلة
بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم إليهم أقرب القبائل في النسب حتى
يعقلوا معهم دفعا للإجحاف عنهم ولا بسبب قلة العاقلة بعد القضا تحويل الرجل
بعطايه من بلد إلى بلد حيث يجوز إلحاق قوم بهم بعد القضاء عليهم بالقلة ولا يجوز
نقل بعد القضاء من بلد إلى بلد والفرق أن في النقل إبطال حكم الأول فلا يجوز
بحال وفي الضم تكثير لما قضي من الواجب عليه فكان فيه تقرير حكم الأول لا إبطاله وإن
كان مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فقتل رجلا خطأ فلم يقض عليه بها حتى تحول منها
واستوطن البصرة فإنه يقضى بالدية على عاقلته بالبصرة ولو كان قضي بها على عاقلته
بالكوفة لم تنتقل عنهم لأن من لا عطاء له إذا كان يسكن مصرا فعاقلته أهل ديوان
ذلك المصر بمنزلة من له عطاء وكذا البدوي إذا لحق بالديوان بعد القتل قبل
القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وإذا كان ذلك بعد القضا على عاقلة البادية لم تتحول
عنهم لأن الجاني هو القاتل لا العاقلة وإنما يكون على عاقلته إذا قضي بها عليهم ولو أن قوما
من أهل البادية قضي عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين فأدوا الثلث والثلثين أو لم
يؤدوا شيئا حتى جعلهم الإمام في العطاء صارت الدية عليهم في أعطياتهم وإن كان
قضي بها أول مرة في أموالهم لأنه ليس في جعل الدية في أعطياتهم نقض القضاء الأول
لأنه قضي عليهم بالدية في أموالهم وأعطياتهم أموالهم إلا أنهم يؤدون الدية من أيسر
الأموال أداء والأداء من العطاء في حال صاروا من أهل العطاء أيسر وهذا إذا كان
مال العطاء من جنس ما قضي بها بأن قضي عليهم بالدراهم والعطاء دراهم فإن لم يكن من

جنس ما قضي به عليهم بأن كان القضاء بالإبل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول دراهم
لأنه يؤدي إلى إبطال القضاء الأول ولكن يؤدي ذلك من مال العطاء. لأن الأداء منه أيسر
وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لأن نصرته بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لأنه يتناصرون بهم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وقد مر في الولاء. ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر
فصاعداً لقوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا
اعترافاً ولا ما دون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس. ولأن
الإيجاب على العاقلة لدفع الإجحاف عن الجاني وذلك في الكثير دون القليل فلهذا
أوجبنا الكثير على العاقلة دون القليل. والفاصل بينهما أرش الموضحة بالنص وما دون
ذلك يكون في مال الجاني. والقياس فيه أحد الشيئين إما التسوية بين القليل والكثير
في إيجاب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله أو التسوية بينهما
في أن لا يجب شيء على العاقلة كما في ضمان المال. ولكنا تركنا القياس بالسنة. وأما
جاءت السنة في أرش الجنين بالإيجاب على العاقلة وأرش الجنين نصف عشر بدل
الرجل فيقضى بذلك على العاقلة فيما دونه يؤخذ بالقياس. ولا تعقل العاقلة ما لزم
بالصلح أو باعتراف الجاني لما روينا. ولأن الإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لأنه لا ولاية
عليهم إلا أن يصدقوه لأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع لحقهم. ومن أقر بالقتل خطأ
ولم يرفعوا إلى القاضي إلا بعد سنين قضي عليه بالدية من ماله في ثلاث سنين
من يوم يقضى. لأن القتل الثابت بالإقرار دون الثابت بالعيان وتمام التأجيل
من وقت القضاء فهذا أولى. ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا
قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة. لأن تصادقهما
ليس بحجة على العاقلة ولم يكن عليه في ماله شيء. لأنهما تصادقا على أن الواجب بقضاء القاضي
تقرر على العاقلة وبعدما تقرر على العاقلة لا يبقى عليه وتصادقهما حجة في حقهما. إلا
أن يكون له عطاء فحينئذ يلزمه بقدر حصته. لأنه في مقدار حصته مقر على نفسه
وفي حصة العاقلة مقر عليهم فيؤاخذ بما أقر على نفسه. وإذا جنى الحر على العبد فقتله
خطأ فهي على عاقلته. لأنه ضمان الآدمي فيجب على العاقلة إذا كان القتل خطأ
قياساً على الحر. وقال الشافعي رحمه الله في قول يجب على القاتل لأنه بدل المال عنده
حتى وجب قيمته بالغة ما بلغت. ولا خلاف في أطراف العبد أن ضمانها لا يجب
على العاقلة لأنها يسلك بها مسلك الأموال. ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر
لأن المولى في كونه مخاطباً بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم
فكذا لا يتحمل جناية العبد على عاقلة مولاه. والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم
لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً. قال أبو حنيفة رحمه الله هو أن يجني العبد على حر

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله هو أن يجني الحر على عبد وصوبه الأصمعي رحمه الله وقال
لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة رحمه الله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم
يكن ولا يعقل عبداً. وقال أصحابنا رحمهم الله إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة
بأن كان لقيطاً أو نحوه فالدية في بيت المال لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته. ألا ترى
أنه إذا مات كان ميراثه لبيت المال. فكذا غرمه يكون في بيت المال لأن الغرم بالغنم.
وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الدية في ماله لأن الإتلاف منه فكان بدل عليه
وإنما تتحمل العاقلة عنه تخفيفاً فإذا لم يكن له عاقلة بقي عليه. وابن الملاعنة يعقل
عنه عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها فكانت عاقلته قوم الأم فإن عقلوا عنه ثم ادعاه
الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة
الأم على عاقلة الأب. لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم. لأنه عند إكذاب الأب
نفسه يظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب لأن النسب يثبت منه من وقت
العلوق. لا من وقت الدعوة فتبين له أن عقل جنايته كان على عاقلة أبيه
وأن قوم الأم تحملوا عن قوم الأب مضطرين في ذلك بإلزام القاضي فيرجعون
عليهم وصار حالهم مع عاقلة الأب كحال ولي الجناية. وقد مر أن التأجيل ثم من
وقت القضاء لا من وقت الجناية فكذا هنا. وإنما يرجعون في ثلاث سنين
لأنهم أدوا هكذا. وكذا إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته
حتى جنى ابنه وابنه من امرأة حرة مولاة لبني تميم. والمكاتب رجل من همدان فعقل
عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة فإن عاقلة الأم يرجعون على عاقلة الأب. لأن عتق المكاتب
عند أداء البدل مستند إلى حال حياته فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الأب
حين جنى وأن موجب جنايته على موالي أبيه وقد عقل عنهم قوم الأم فيرجعون
عليهم بالمؤدى. وكذلك رجل أمر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي
الدية رجعت بها على عاقلة الآمر بأن كان الأمر ثبت بالبينة. وإن ثبت الأمر بإقراره
فإنهم لا يرجعون عليه في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي بها على الآمر
أو على عاقلته. لأن الديات تجب مؤجلة تيسيراً. وهنا أصل ذكر في المبسوط
وهو أن حال الجاني إذا تبدل حكماً وانتقل من ولاء إلى سبب ولاء حادث لا ينتقل
جنايته عن الأولى قضي بها أو لم يقض بها. وإن ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد
الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع. ولو لم يختلف حال
الجاني ولكن العاقلة تبدلت إلى عاقلة أخرى كان الاعتبار في ذلك بوقت القضاء
فإن كان قضي بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية. وإن لم يكن قضي بها على الأولى
فإنه يقضى بها على الثانية. وإن كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة أو نقصان اشتركوا
في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه. وعلى هذا الأصل مسائل كثيرة ذكره
في المبسوط.

كتاب الوصايا

ركن الوصية قوله أوصيت بكذا لفلان وشرطها كون الموصي أهلا للتمليك والموصى به بعد موت الموصي مالا قابلا للتمليك وحكمها أن يملكه الموصى له ملكا جديدا كما يملك بالهبة

باب في صفة الوصية

وما يجوز من ذلك وما يستحب منها وما يكون رجوعا. الوصية مستحبة وقال بعض الناس واجبة على كل من له يسار لقوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الآية. ولنا أنها مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا وهي تبرع بعد الوفاة فتعتبر بالتبرع في حال الحياة وما يتلو منسوخ والقياس يأبى جوازها لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال المالكية ولو كان مضافا إلى حال قيام المالكية بأن قال ملكتك غدا إما ببدل أو بغير بدل لا يصح فهذا أولى. ولأنها لو جازت فإما أن تزول عن ملك الموصي له قبل القبول كالإرث وهو باطل لأنه لا قدرة للعبد على إزالة ملكه إلى غيره بغير رضاه أو تزول عن ملك الموصي ولا تدخل في ملك الموصى له ما لم يقبل وفيه جعل مملوكا بلا مالك أو لا تزول عن ملك الموصي بل تبقى على حكم ملكه إلى أن يقبل وهو باطل أيضا لأن الميت ليس بأهل للملك إلا أنا استحسنا جوازها بالكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين. والسنة وهو قوله عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونه حيث شئتم أو قال حيث أحببتم. وإجماع الأمة وحاجة بعض الناس إليها. وهذا لأن من نور الله بصيرته حتى نظر إلى الدنيا بعين الفناء ولأهلها فناء وإلى العقبى بعين الخلود والبقاء آثر ماله في حياته ابتغاء الحسنى وتبلغا للزلفى. ومن جبل على الشح وأمسك عن الإنفاق خشية الإملاق لم يغادر ماله عن نفسه. وإن تمادى في رمسه. ومن توقى عن حضيض الآخرين ولم يتبدل بساحة الأولين يريد أن ينتفع بماله مدة الحياة ثم بعد موته يصرفه إلى الخيرات والمبرات فيحتاج إلى تصرف يحوي هذا الغرض. فلهذا شرع الوصية في المرض. وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والتكفين والدفن وهو استخلاف لغيره في ماله من العبد فيجوز كما يجوز باستخلاف الشرع ثم تصح للأجنبي في الثلث بغير إجازة من الورثة لما روينا. ولا تصح بما زاد على الثلث لأن سعدا رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم أوصي بجميع مالي قال لا قال أوصي بنصف مالي قال لا قال أوصي بثلث مالي قال عليه السلام الثلث والثلث كثير. ولأنه انعقد سبب زوال أملاكه عنه إلى غيره. لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه. ولو تحقق السبب لزال من كل وجه. فإذا انعقد ثبت حق فكان القياس أن لا يملك المريض الإيصاء لما قلنا. إلا أن الشرع جوزه بقدر الثلث للأجانب نظرا له ليتدارك ما فرط منه من التفريط في حياته لا للورثة.

لئلا يتأذى

لئلا يتأذى بعض الورثة بإيثار البعض. وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث. إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار. لأن عدم الجواز لحقهم وقد أسقطوه. ولا معتبر بإجازتهم في حياة الموصي لأن إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز. وهذا لأن نفس المرض ليس بسبب لتعلق الحق بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فقبل اتصال الموت به لا يكون سببا فكان لهم أن يردوه بعد موته. وقال مالك رحمه الله ليس لهم أن يردوه بعد موته لأنهم قد أبطلوا حقهم فبطل فلا يعود لأن الساقط لا يعود. ولنا أن إبطالهم لا يجوز لما مر بخلاف ما إذا أجازوا بعد الموت لأنهم ليس لهم أن يرجعوا عنه. لأنه بعد ثبوت الحق لهم يستند إلى أول المرض فكان ثابتا عند الإجازة. لكن الإسناد لا يعمل إلا في القائم وتصرفهم حين وقع إجازة وقع لغوا إلا أنه لا حق لهم حينئذ فلا يثبت لهم حكم الإجازة. ولئن ظهر أنه كان ثابتا ولكن ذلك الحق ينقلب حقيقة عند الموت فلو أعملنا إجازتهم لأبطلنا الحقيقة بعد الموت والرضى ببطلان مجرد الحق لا يدل على الرضى ببطلان حقيقة ملكه يظهر بعده. وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازت البقية إن أجازوا بعد الموت ليس لهم أن يرجعوا عنها. وإن أجازوا في حال الحياة فلهم أن يرجعوا بعد الموت. وكل ما جاز بإجازة الوارث فإنه يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا حتى يتم بغير قبض. ولا يمنع الشيوع صحة الإجازة. وليس للوارث أن يرجع فيه. وعند الشافعي رحمه الله يتملكه من الوارث ابتداء حتى لا يتم إلا بالقبض عنده. له أن قدر الثلثين صار ملكا للوارث بنفس الموت. لأن الميراث يثبت بغير قبول الوارث. ولا يرتد بالرد ولهذا تكون إخراجا للمال بغير عوض وهو هبة فلا يتم إلا بالقبض. ولنا أن تصرف الموصي صادف ملكه وامتنع نفوذه لقيام حق الغير فيه فكانت الإجازة إسقاطا لحقه ثم ينفذ التصرف على الوجه الذي باشره المتصرف كالراهن يبيع المرهون فيجيز المرتهن. ولا تصح للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا. وقال مالك رحمه الله والشافعي رحمه الله تصح لأنها تمليك والمال بالعقد فالقتل لا يبطله كالتمليك بالهبة. ولنا قوله عليه السلام لا وصية للقاتل. ولأنه قصد الاستعجال بفعل محظور فيعاقب بالحرمان كالميراث. وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل. وإن أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجوز. لأن الوصية أخت الميراث ولا ميراث للقاتل وإن رضي الورثة. ولأن الحرمان شرع عقوبة على جنايته وهي باقية. ولهما أن عدم الجواز لحق الورثة لأنهم لا يرضونها للقاتل

كما لا يبعضونها لاحدهم • لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الارث وقد اسقطوا
حقهم فيجوز • ولا تصح لوارثه لقوله عليه السلام لا وصية لوارث الا ان يجيزها
الورثة • ولان في وصيته لبعض الورثة ايثارا له على سائر الورثة وفيه قطيعة
الرحم وهو جنف لما روينا • ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت
لا وقت الوصية • لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت • وانما يثبت حكمه بعد
بعد الموت ولان المانع صفة الوارثية ولا يعرف ذلك الا عند الموت فلو اوصى
لرجل وهو وارث يوم اوصى ثم صار غير وارث يوم اوصى ثم صار وارثا ومات الموصي او غير وارث م
ينظر الى يوم موت الموصي فان كان الموصى له وارثه لم تجز الوصية وان لم يكن
وارثه جازت الوصية له • والهبة في المرض للوارث نظير الوصية لانها وصية
حكما حتى تعتبر من الثلث في حق الاجنبي ولا تصح للوارث اصلا • واقرار المريض للوارث
على عكسه اي يعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الاقرار لم يصح اقراره لانه
تصرف في الحال ولهذا يملكه المقر به في الحال ويصح رده في الحال فيعتبر ذلك
وقت الاقرار الا ان يجيزها الورثة لما روينا • ولان عدم الجواز لحقهم وقد اسقطوا
حقهم فيجوز • ولو اجاز البعض ورد البعض يجوز على المجيز بقدر حصته ويبطل في حق
غيره لان له ولاية على نفسه دون غيره • ويجوز ان يوصي المسلم للذمي وبالعكس •
فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية • والثاني
لانه بعقد الذمة ساوى المسلم في المعاملات • حتى جاز التبرع من الجانبين في حال الحيوة
فكذا بعد الممات • وفي الجامع الصغير الوصية لحربي هو في دارهم باطلة لانها
بر وصلة وقد نهينا عن بر من يقاتلنا • لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم
في الدين الاية • وفي السير الكبير ما يدل على الجواز • وجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل
وان فعل جاز • وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة
او ردها فهو باطل • حتى لو قال في حياة الموصي لا اقبل ثم قبل بعد موته صح قبوله
عندنا وعند زفر رحمه الله اذا رده في حياته لم يجز قبوله بعد موته • لان ايجابه كان
في الحيوة وقد رده فبطل • ولنا ان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لانه تمليك
مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر القبول والرد بعد الموت لا قبله • كما لا يعتبر
قبل العقد • الا ترى انه لو قال لامرأته انت طالق غدا على الف فالقبول والرد
منها يعتبر عند مجيء الغد • والمستحب ان يوصي الانسان بما دون الثلث • لان
في النقص من الثلث صلة القريب بترك ماله عليهم • بخلاف استكمال الثلث لانه لا
صلة لانه استوفى تمام حقه • وانما ترك الوصية بالزائد على الثلث للعجز عن تنفيذه شرعا
فالصلة لهم انما تكون اذا ترك لهم ما يملك صرفه الى غيره • ثم الوصية باقل من الثلث
اولى من تركها اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم • لانه تردد بين

الصدقة

الصدقة على الاجنبي والهبة للقريب والاولى اولى لانه يبتغي بها رضى الله تعالى • وقيل
يخير لان في احدهما صدقة وفي الاخرى صلة فاشتمل كل واحد منهما على فضيلة فيخير
بين الخيرين • وان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى •
لان ترك الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية • والوصية تصدق على الاجنبي
والاول اولى • لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح • ولان
فيه رعاية حق الفقراء والقرابة • والموصى به يملك بالقبول فان قبل الموصى له الوصية
بعد موت الموصي ثبت الملك له في الموصى به قبضه او لم يقبضه • وان رد الموصى له
الوصية بطلت برده عندنا • وقال زفر رحمه الله في رواية والشافعي في قول
لا تبطل لان الملك بالوصية بمنزلة الملك بالارث على معنى ان كل واحد منهما خلافة
يثبت عقيب الموت ثم الارث يثبت من غير قبول ولا يرتد برد الوارث فكذا
الوصية • ولنا ان هذه تمليك المال بالعقد فلا يثبت الا بالقبول او ما يقوم مقامه
كالتمليك بسائر العقود • وهذا لان الملك يثبت للموصى له ابتداء • ولهذا لا يرد
بالعيب ولا يرد عليه بالعيب والملك المتجدد يستدعي سببا مبتدأ • ولا يملك
احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله بخلاف الميراث فانه يبقى للوارث الملك الذي
كان ثابتا للمورث حتى يرد بالعيب ويرد عليه والبقاء لا يستدعي سببا مبتدأ
الا في مسئلة واحدة • وهي ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول • وقد تم فيدخل الموصى به في ملك ورثته صح
القبول بالموت استحسانا • والقياس ان تبطل الوصية لان الملك موقوف على القبول
وقد امتنع القبول • فصار كما لو اوجب البائع البيع فمات المشتري قبل قبوله
وجه الاستحسان ان الوصية تمت من جانب الموصي بموته تماما لا يلحقه الفسخ
من جهته • وانما التوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه
الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة • ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز
الوصية • لان قضاء الدين فرض والوصية تبرع والفرض مقدم على التبرع الا ان
يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية • ولا تصح وصية الصبي سواء مات
قبل الادراك او بعد الادراك • وقال الشافعي رحمه الله تصح اذا كان في وجوه
الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية غلام يفاع او يافع وهو الذي قارب البلوغ
ولم يبلغ بعد • ولانه انما لا يصح تصرفه في حياته نظرا له حتى يبقى له المال فيصرفه
الى حوائجه • ومعنى النظر له في تنفيذ وصيته لانه يكتسب به الزلفى والدرجة
العليا بعد ما استغنى عن المال • ولان الوصية اخت الميراث والصبي في الارث عنه
بعد موته مساو للبالغ فكذا في الوصية • ولنا انها تبرع فلا تصح من الصبي كالهبة
والصدقة • وهذا لان اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره • الا ترى انه لا يعتبر
عقله في حق الطلاق والعتاق لان ذلك يضره باعتبار اصل الوضع فكذا تمليك المال

النفع

بطريق التبرع فيه ضرب باعتبار اصل الوضع وان كان ينفق نافعا باعتبار الحال والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال الا ترى ان الطلاق قد ينفعه في بعض الاحوال بان يطلق امراته المعسرة ويتزوج اختها الموسرة ومع هذا لا يملكه ولا وصيه وتاويل الاثر انه كان قريب العهد بالبلوغ ومثله يسمى يافعا بطريق المجاز او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذا جائز عندنا وهو نحو الثواب بالترك على ورثته كما مر وكذا لو قال الصبي اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لان قول الصبي هدر في التبرعات لقصور اهليته كما اهدر في الطلاق والعتاق ثم لا يصح منه اضافة الطلاق والعتاق الى ما بعد البلوغ كما لا يصح تنجيزهما فكذا اضافة التبرع وهذا بخلاف العبد والمكاتب متى قال اذا اعتقت فثلث مالي وصية لفلان لانهما مخاطبان ولهما قول ملزم في حق نفسهما فيصح منهما اضافة التبرع الى حالة حقيقة الملك وزوال المانع اما الصبي فغير مخاطب ولا نسلم قول ملزم في التبرعات اصلا وفي تصحيحه قول بالزام قوله ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لانه ليس باهل للتبرع وقيل لا تصح عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تصح وهو نظير ما لو قال المكاتب كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك مملوكا وفيه الخلاف وان اوصى الصبي او المكاتب ثم بلغ او عتق واجاز يصح بطريق الابتداء لان الوصية تنعقد بلفظ الاجازة كالوكالة بخلاف اجازة التزويج والهبة والصدقة وتجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية اخت الميراث لانها استخلاف من وجه اذ الموصى له يخلفه في بعض ماله كالوارث ولهذا يحتاجان الى القبض والجنين صلح ان يكون خليفة في الارث فكذا في الوصية الا انها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الارث لانه استخلاف مطلق وهذا بخلاف الهبة للحمل حيث لا يصح لانها تمليك محض ولا تصح الا بقبول وقبض ولا ينوب قبض الاب وقبوله عنه لانه اذا لا يكون الابوية ولا ولاية لاحد على الحمل لاستغنائه عنها فان قيل الوصية تحتاج الى القبول وهو ليس من اهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث وتشبه الهبة لما بينا فلشبهها بالهبة اذا حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول ولشبهها بالارث لا يشترط القبول اذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملا بالشبهين واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر ان الوصية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت حين جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت اوصى بامة الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الامة لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق باطلاق اللفظ تبعا لها فاذا افردها بالوصية صح افرادها فان قبل

اذا لم

اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء لانه تصرف في الملفوظ قلنا لصحته التي يتوقف على صحة الاستثناء كما في استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم ولان الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه لما مر في البيوع ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه ويصح للموصي الرجوع عن الوصية لانها تبرع مضاف الى ما بعد الموت والتبرع النافذ قابل للرجوع فالمضاف الى ما بعد الموت اولى ولان القبول يتوقف على الموت ويصح ابطال الايجاب قبل القبول كما في البيع ثم الرجوع قد يثبت صريحا وقد يثبت دلالة لانها تعمل عمل الصريح فتقوم مقامه وهذا كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل تارة بصريح الابطال وتارة بدلالته ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا لانه لما اثر في قطع الملك فلان يؤثر في المنع اولى وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليمه الا بها فهو رجوع اذا فعله وكذا كل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع اذا ثبت هذا فنقول اذا اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه او بقطن فغزله او بغزل فنسجه او بحديد فاتخذه اناء فهو رجوع لان العين التي تعلقت بها الوصية صارت عينا اخرى حتى ينقطع ملك المغصوب منه بهذه التصرفات ولو اوصى بسويق فلته او بدار فبنى فيها او بقطن فحشى به او ببطانة فبطن بها قباء او بظهارة فظهر بها ثوبا بطلت الوصية لان تسليمه وحده متعذر وتكليف نقض ما صنع غير ممكن لانه حصل في ملك الموصي من جهته فكان رجوعا بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لان التجصيص ليس بتصرف في نفس ما وقعت الوصية به لانه تصرف في البناء والبناء تبع والتصرف في التبع لا يدل على اسقاط الحق عن الاصل وكذا هدم البناء تصرف في التابع ولو باع العين الموصى بها ثم اشتراها او وهبها ثم رجع فيها بطلت الوصية لانه بالبيع والهبة زال الملك والعائد اليه في حكم ملك جديد وذبح الشاة الموصى بها رجوع لان ذلك الفعل يدل على انه انما ذبح لتصرف في حاجته فصار هذا اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان غسل الثوب ازالة الدرن فصار ما ريد تقرير الوصية لا دليل الرجوع لان من اراد ان يعطي انسانا ثوبا يغسله عادة ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما ذكر في الجامع محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا على الروايات كلها وما ذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر

مع

في الجامع قول محمد رحمه الله وما ذكره في المبسوط قول أبي يوسف رحمه الله وهو
الأصح. لأبي يوسف رحمه الله أن الرجوع نفي للوصية في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال فأولى أن يكون رجوعا. ألا ترى أن جحود التوكيل عزل وجحود المتبايعين
إقالة. لمحمد رحمه الله أن الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي
سبق عدمه إذ الجحود نفي لأصل العقد فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود
الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال. أو يقال العدم في السابق من لوازم
الجحود والوجود في السابق من لوازم الرجوع وتنافي اللازمين يستلزم تنافي
الملزومين وإلا يلزم أحد المحالين وهو الجمع بين اللازمين المتنافيين فلا يكون
الجحود رجوعا لأن أحد المتنافيين لا يكون مستلزما للآخر. ولهذا لا يكون
جحود النكاح فرقة. ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام أو ربا
لم يكن رجوعا لأن ما وصفه يستدعي وجود أصل الوصية بخلاف ما لو قال
فهي باطلة لأن الوصية متى اتصفت بوصف البطلان فقد وصفها بما يوصف
بعد القبض فتضمن النقض. ولو قال أخرتها لم يكن رجوعا. ولو قال
تركتها فهو رجوع لأن ترك الشيء إسقاط له. أما التأخير فليس بإسقاط
ألا ترى أن رب الدين إذا قال لمديونه تركت لك دينك كان إبراء ولو
قال أخرت عنك لا يكون إبراء كذا في المحيط. ولو قال العبد الذي أوصيت
به لفلان فهو لفلان فهو رجوع لأن اللفظ يدل على قطع الشركة وإثبات
التخصيص له فاقتضى رجوعا عن الأول. وبخلاف ما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به
لآخر لأن اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها. وكذا لو قال هو لفلان
وارثي فهو رجوع عن الوصية الأولى ويكون وصية للوارث ثم الورثة بالخيار
إن شاؤوا أجازوا وإن شاؤوا ردوا. ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى
فالوصية الأولى على حالها لأن بطلان الأولى من ضرورات الإثبات للثاني فإذا
لم يثبت للثاني فهي للأول بحالها. ولو كان فلان حين قال ذلك حيا
ثم مات قبل الموصي فهي لورثة الموصي لبطلان الوصيتين لأنه لما أثبت للثاني
كان رجوعا عن الأول فبطلت في حق الأول وصحت في حق الثاني ثم بطلت
بموته قبل موت الموصي. ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي لعقب
زيد ومات زيد قبل الموصي وله عقب ثم مات الموصي فهو لعقب زيد فيكون
رجوعا والله أعلم.

باب الوصية بثلث المال ونحوه

ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لأنهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والثلث يضيق عن حقهما
فيكون بينهما. وإن أوصى لأحدهما بثلث ماله ولآخر بكل ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما

نصفان

نصفان عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما الثلث بينهما على أربعة ثلاثة للموصى له
بالكل وسهم للموصى له بالثلث. وإن أوصى لأحدهما بثلث ماله وللآخر بنصف ماله
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عنده. وعندهما على خمسة أسهم سهمان لصاحب
الثلث لأنه يجعل كل سدس سهما وثلاثة أسهم لصاحب النصف. وإن أوصى لأحدهما
بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا عندهم. والأصل له أن الموصى له لا يضرب
بأكثر من الثلث إذا لم تجز الورثة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا في المحاباة بأن باع
شيئا وحاباه وفيه محاباة على أكثر من الثلث وأوصى لآخر بثلث ماله فإن صاحب
المحاباة يضرب في الثلث بجميع المحاباة. والسعاية بأن أعتق المريض عبدا قيمته
مثل نصف ماله وأوصى للآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فإن لصاحب السعاية يضرب
بجميع قيمته في الثلث بالغا ما بلغ. والدراهم المرسلة بأن أوصى لرجل بألف ولآخر
بخمسمائة وثلث ماله خمسمائة ولم تجز الورثة فالموصى له بالألف يضرب في الثلث
بالألف والموصى له بخمسمائة يضرب بخمسمائة فيكون الثلث بينهما أثلاثا. وأجمعوا
أن الوصايا إذا كانت لا تزيد كل واحدة على الثلث بأن أوصى لرجل بثلث ماله
ولآخر بسدس ماله أن كل واحد منهما يضرب في الثلث بجميع وصيته ولا يقسم الثلث
بينهم على السواء بل يقسمانه على قدر حقهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل
سهما فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الأكثر. لهما في
الخلافية أن الموصي قصد شيئين سلامة ما سمى لكل واحد منهما بكماله وتفضيل
أحدهما على الآخر وتعذر تحصيل مقصوده في أحد الحكمين وهو سلامة ما سمى
عند عدم إجازة الورثة ولم يتعذر في التفضيل فيثبت كما في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة. وله أن الضرب أثر الاستحقاق فإذا بطل الاستحقاق لأنه
لم يصادف المحل لأن محل نفاذ الوصية الثلث شرعا يبطل الأثر أيضا إذ الضرب
بالوصية الباطلة باطل. بخلاف مواضع الإجماع لأنه لم يظهر أن التصرف
لم يصادف محله لأن حق الورثة في أعيان التركة دون الدراهم المرسلة والوصية
بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة. وكذا المحاباة لأنه وصية بالثمن فصار بمنزلة
المال المرسل أو يتصور تنفيذ الكل بدون إجازة الورثة بأن يكثر مال الميت
بخلاف مواضع الخلاف. فإن قيل هذا فاسد فالخلاف ثابت فيما إذا أوصى
بعبد بعينه لإنسان قيمته ألف وبعبد آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما وهنا بعينه لإنسان صح
يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون إجازة الورثة
بأن يكثر مال الميت فيخرج العبدان من الثلث. قلنا نعم ولكن وصيتهما
بعين التركة وعين التركة حق الورثة. ألا ترى أنه لا يصح إلا بعد قيام
ملكه في العين عند الوصية ويبطل بهلاكها وإن استفاد مالا آخر. بخلاف

الوصية بالدراهم المرسلة لانها صحيحة وان لم يكن في ملكه مال عند الوصية • ولو
هلكت التركة تنفذ فيما استفاد من المال فلم تكن متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة •
وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة • وان اوصى بمثل نصيب ابنه فالوصية جائزة
وقال زفر رحمه الله تجوز فيهما لان الكل ماله في الحال وذكر نصيب ابنه
للتقدير ولنا ان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت • فكان وصية بمال
الغير بخلاف مثل نصيب الابن لان مثل الشيء غيره وان كان يتقدر به • ولو
اوصى بسهم من ماله او بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير • لان جهالة الموصى به لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي
فاليهم البيان • وهذا الذي ذكرنا اختيار المشايخ رحمهم الله بناء على عرفنا ان
السهم كالجزء • واما اصل الرواية فبخلافه فذكر في المبسوط اذا اوصى لرجل
بسهم من ماله فله مثل اخس سهام ورثته • الا ان يكون اخس السهام اكثر من
السدس فلا يزاد في قول ابي حنيفة رحمه الله • وقال في الجامع الصغير له اخس
سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس • فعلى رواية الاصل
جوز ابو حنيفة رحمه الله النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس • وقالا
يعطى للموصى له اخس سهام الورثة الا ان يزيد على الثلث فحينئذ له الثلث كذا ذكره
شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله في المبسوط • لهما ان السهم اسم لقدر مجهول
كالجزء فلا معنى لتقديره بالسدس • وانما جعلناه عبارة عن نصيب احد الورثة
لان ما يصيب احد الشركاء عند القسمة يسمى سهما • وانما صرف الى الاخس لانه متيقن
اذا زاد على الثلث فيرد عليه باكثر من الثلث لا يصح عند عدم الاجازة • وله ما روي عن
ابن مسعود رضي الله عنه سئل عمن اوصى بسهم من ماله فقال له السدس • وروي
ان رجلا اوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس •
فاخذ ابو حنيفة رحمه الله بهذا او صرف مطلق لفظ السهم في الوصية والاقرار الى السدس •
وقد قال جماعة من اهل اللغة منهم اياس بن معاوية رضي الله عنهما ان السهم السدس
ويذكر ويراد به سهم الورثة ايضا فيعطى له اقلهما • ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال
ويدخل السدس فيه • لان الثلث متضمن للسدس • ومن قال سدس مالي لفلان
ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس اخر مالي لفلان فله سدس واحد لانه عرف السدس
بالاضافة ثم اعاده فكان هو الاول • لان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية
عين الاولى • تقول جاءني زيد ثم تقول اكرمت زيدا اي ذلك بعينه • ومن
اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث
ما بقي من ماله فله كل ما بقي • وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقي • ولو اوصى بثلث

ثلاثة

ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي عند ابي حنيفة رحمه الله • وعندهما
له كل هذا العبد بناء على مسئلة قسمة الرقيق • ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها
وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا
هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة فان كانت من جنس واحد فهو بمنزلة
الدراهم • وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه تجري القسمة جبرا فيها • والدور
المختلفة كالثياب المختلفة عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الجبر على القسمة
فيها • لزفر رحمه الله في الخلافية ان المال كان مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا
والاصل ان المال المشترك اذا هلك شيء منه يهلك على الشركة • وما يبقى يبقى على الشركة
فصار كالثياب والرقيق والدور • والفرق لعلمائنا رحمهم الله ان ما يحتمل القسمة
فتسمية الجزء من الجملة وتسمية قدره منها سواء كالعشر من عشرة اقفزة حنطة
والقفيز منها سواء • ولو لا ذلك لم يكن للقاضي حق الجبر في القسمة • ولم يكن له ان يعين
حق احد الشريكين في درهمين في درهم واحد • ولما صار للقاضي هذه الولاية ثبت
ان الجزء من الجملة بقدره جزء منها • ولو سماه درهما من ثلاثة دراهم لوجب تسليم
ما بقي لانه درهم مما سمى • والمال المشترك اذا هلك شيء منه هلك على الشركة اذا استوى
الحقان • فاذا تقدم احدهما على الاخر فالهلاك يصرف الى المؤخر حقه كما لو كان في التركة
ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة يصرف الى المؤخر حقه وهو لاصحاب
الوصايا والورثة • لان الدين مقدم على الكل • وهنا الوصية مقدمة على الارث فيصرف
الهلاك الى الارث اما الرقيق والثياب المختلفة والدور تخالف الدراهم في احتمال
القسمة جبرا فلم يكن تسمية الشايع وتسمية العين سواء • فصار الحق في كل واحد
على الانفراد • واذا هلك اثنان بطل فيهما وبقي ثلث الباقي وقيل قولهما في الرقيق والدور
كقوله • وقيل لا يصح لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع ويدقق ذلك بتعذر
الجمع والاول اشبه للفقه الذي بينا • ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين
ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له • لانه امكن ايصال
كل مستحق الى حقه بلا بخس فكذا يصار اليه • وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين
وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف • لان الموصى له شريك الورثة
فلو خصصناه بالعين لبخسنا في حق الورثة • لان للعين مزية على الدين اذ العين مال
مطلقا والدين مال في المآل لا في الحال فكان تعديل النظر الى الجانبين فيما قلنا •
وان اوصى بثلث ماله لزيد وبكر وبكر ميت وهو يعلم او لا يعلم • او لزيد وبكر
ان كان حيا وهو ميت • او له ولمن كان في هذا البيت وليس فيه احد • او له ولعقبه
او له ولولد بكر فمات ولده قبل موت الموصي او لفقراء ولده • او لمن افتقر من ولده
وفات شرطه عند موته فلزيد كله في هذه الصور • لان المعدوم او الميت لا يصلح

مستحقا فلم تثبت المزاحمة لزيد • وصار كما لو اوصى لزيد وجدار • وكذا العقب
وكذا العقب لان العقب من يعقبه بعد موته فيكون معدوما في الحال •
وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لانه اذا لم يعلم
بموته فلم يرض للحي الا بنصف الثلث • بخلاف ما لو علم بموته لان الوصية لو وقعت
لغوا وكان راضيا بالثلث كله للحي • ولو قال ثلث مالي بين زيد وبكر وهو
ميت او لزيد ولبكر ان مت وهو حي او فقير فمات وهو ميت او غني او له ولبكر
ان كان في البيت ولم يكن فيه فحدث له او كان فمات فحدث غيره • او له
ولولد فلان ان افتقروا فلم يفتقروا حتى مات الموصي • او له ولوارثه او لبني زيد
وله ابن واحد • ففي هذه الصور له نصف الثلث • اما الاول فلان كلمة بين توجب
التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة • بخلاف قوله لفلان ولفلان لان العطف
يقتضي المشاركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم
المزاحمة فاذا زالت المزاحمة يتكامل • الا ترى ان من قال ثلث مالي لفلان
وسكت كان له الثلث • ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت فانه لا يستحق الثلث
واما الثاني والثالث فلان الوصية صحت لهما وتثبت المزاحمة لان بكرا معلوم
فيدخل تحت الوصية • وفوات الاستحقاق بفقد الشرط فلا يتكامل وصية الآخر
واما الرابع فلان الولد غير معين فيعتبر وجوده عند الموت فكان الثلث بينه
وبين ولد بكر • واما الخامس فلان الوصية لهم وانما فات شرط الاستحقاق
ولا يتكامل وصية الآخر • واما السادس وهو ان يوصي لاجنبي ولوارثه فللاجنبي
نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث • ولان الوصية اضيفت الى ما يملك
والى ما لا يملك فتصح فيما يملك وبطلت فيما لا يملك • بخلاف ما لو اوصى لحي وميت
حيث يكون الكل للحي • لان الميت ليس من اهل الوصية فلا يزاحم الحي فكان
الكل للحي اما الوارث فمن اهل الوصية • حتى لو اجازت الورثة جازت فيزاحم
الاجنبي وعلى هذا اذا اوصى لقاتل ولاجنبي • وهذا بخلاف ما اذا اقر المريض
لوارثه ولاجنبي بعين او دين فانه باطل كله عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله بكل حال • لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح في حق
من يستحق منهما ولا تصح في حق من لا يستحق منهما • ولا يلزم من بطلان بعض
الحكم بعض الايجاب • كما اذا اوصى لرجلين ورد احدهما وقبل الآخر • اما الاقرار
فاخبار عن امر كائن وقد اقر بوصف الشركة فيما مضى • فلو ثبت بهذا الوصف
لثبت على خلاف ما اقر به فيكون الزاما على الغير غير ما اقر به وهو باطل • واما السابع
فلان هذا الاسم لا ينطلق على الواحد فكانه قال بين فلان وفلان واحدهما
ميت • ولو قال ثلث مالي بين بني زيد وبني بكر وليس لاحدهما بنون •

فكذا

فكذا الثلث لبني الآخر لانه جعل كل الثلث مشتركا بين بني زيد • حتى لو اقتصر عليه
كان كل الثلث بينهم • فاذا لم تثبت المزاحمة كان الثلث بينهم • بخلاف قوله بين
فلان وفلان لما مر • ومن اوصى بثلث ماله لفلان ولا مال له فاكتسب مالا استحق
الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت • لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد
الموت فيشترط وجود المال عند الحال لا قبله • وكذا لو كان له مال فهلك
ثم اكتسب مالا لما ذكرنا • ولو اوصى بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم
يكن له غنم في الاصل ولا ملكه بعده بطلت الوصية لما مر انه ايجاب بعد الموت
فيعتبر قيامه عنده ولم يوجد وهذه وصية متعلقة بالعين فتبطل بهلاكها
عند الموت • وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات • فالصحيح ان الوصية تصح
لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه • وهذا لان وجوده
قبل الموت فضل • اذ المعتبر وجوده عند الموت • ولو قال شاة من مالي وليس
له غنم يعطى قيمة شاة • لانه لما قال من مالي دل ان غرضه الوصية بمالية الشاة
اذ ماليتها توجد في مطلق المال • ولو اوصى بشاة ولم يقل من مالي ولا غنم له قيل
لا يصح • لانه لما لم يقل من مالي دل ان غرضه صورة الشاة ومعناها • وقيل
يصح لانه لما ذكر الشاة ولا شاة له دل ان غرضه المالية • ولو قال شاة من
غنمي ولا غنم له بطلت الوصية • لانه لما قال من غنمي دل ان غرضه عين الشاة حيث
جعلها جزءا من الغنم • وعلى هذا تخرج كثير من المسائل • ولو اوصى بثلث ماله
لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة من خمسة اسهم
وسهم للفقراء وسهم للمساكين • وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله يقسم على سبعة اسهم • للفقراء سهمان وللمساكين سهمان
ولامهات اولاده ثلاثة اسهم • واصل المسألة الوصية للفقراء والمساكين
يتناول الواحد ويحتمل الكل • قال الله تعالى لا يحل لك النساء من بعد
وقد تعذر صرفه الى الكل فتعين الواحد وعند محمد رحمه الله يتناول الجمع
وادناه اثنان فصاعدا في الوصايا • والوصية لامهات الاولاد جائزة لانها ايجاب
يضاف الى ما بعد الموت والفقراء والمساكين جنسان بدليل عطفهما على الآخر في النص
ومقتضاه المغايرة فيصير عدد المستحقين خمسة عندهما • وعنده سبعة
ولو اوصى بثلثه لزيد وللمساكين فنصفه لزيد ونصفه للمساكين عندهما • وعند
محمد رحمه الله ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين • ولو اوصى بثلثه للمساكين فله صرفه
الى مسكين عندهما • وعنده لا يصرف الا الى مسكينين لما بينا • ومن اوصى بثلث
ماله لرجل فقال لآخر اشركتك او ادخلتك معه فالثلث لهما وان اوصى بمائة
لرجل ولآخر بمائة ثم قال لآخر اشركتك معهما فله ثلث كل مائة • لان

مطلق الشركة للمساواة لغة قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد امكن فيما قلنا
اما في الاول فظاهر وكذا في الثاني لان نصيب كل واحد ثلثمائة ولو اوصى لرجل
باربعمائة ولآخر بمائتين ثم قال لآخر اشركتك معهما فله نصف ما لكل
لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل فحمل على مساواته كل واحد بتنصيف
نصيبه اعمالا للفظ بالقدر الممكن ومن حضره الموت فقال لورثته لفلان
علي دين فصدقوه فيما قال ثم مات فانه يصدق الى الثلث ابما اذا ادعى ان الدين
اكثر من الثلث وكذبه الورثة وهذا استحسان والقياس ان لا يصدق
لانه امرهم بخلاف حكم الشرع وهو تصديق المدعي بلا حجة ولان قوله لفلان
علي دين اقرار بالمجهول والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا
بالبيان وقد فات ووجه الاستحسان انه سلطه على ماله بما اوصى وهو يملك هذا
التسليط بمقدار الثلث بان يوجبه له ابتداء فيصح تسليطه ايضا باقراره له
بدين مجهول والمرء قد يحتاج الى ذلك بان يعرف اصل الحق عليه ولا يعرف
قدره فيبتغي فكاك رقبته بهذا الطريق فيجعل وصية في حق التنفيذ وان كان
دينا في حق المستحق وجعل التقدير فيها الى الموصى له فلهذا يصدق في الثلث دون
الزيادة فان اوصى بوصايا مع ذلك عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان
للورثة وقيل لاصحاب الوصايا اصدقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فهو
لاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان
لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين
معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز
فائدة اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بمقدار هذا الحق وابصر به
والآخر الد وربما يختلفان في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا افرزنا قلنا علمنا
ان في التركة دينا شائعا في كل التركة فامر اصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا
شيئا اخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا لينفذ اقرار
كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهم اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على
ذلك لانه يحلف على فعل الغير ومن قال اوصيت لفلان بهذا الثوب الجيد
ولفلان بهذا الثوب الوسط ولفلان بهذا الثوب الرديء ثم مات الموصي ثم ضاع
ثوب ولم يدر ايها هو وجحد الورثة بطلت الوصية ومعنى جحودهم ان يقولوا
لكل واحد بعينه اذا طلب ثوبه الثوب الذي هو حقك قد هلك وصار الموصى له
مجهولا لانه لم يدر من هو وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية كما لو اوصى لاحد
هذين الرجلين بكذا فان قالت الورثة سلمنا لكم هذين الثوبين فاقتسموهما
بينكم صحت لان الوصية قد كانت صحيحة وانما بطلت لجهالة طارئة موجبة

للمنازعة وهي تحتمل الزوال بالتسليم اليهم فاذا سلموا صحت الوصايا فكان لصاحب الجيد
ثلثا الجيد ولصاحب الرديء ثلثا الرديء ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث
الرديء لانه انما يقسم الثوبان بين الثلاثة على هذا الوجه وهو ان ياخذ كل واحد
منهم ثلث الثوب وانما تعين حق صاحب الجيد في الجيد لانه لا حق له في الرديء
بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الجيد بان كان هو الجيد الاصلي ويحتمل
ان يكون حقه في الضايع بان يكون هو الاجود فكان تنفيذ وصيته في محل يحتمل
ان يكون حقه اولى وانما تعين حق صاحب الرديء في الرديء لانه لا حق له في الجيد
بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الرديء بان كان هو الرديء الاصلي ويحتمل ان حقه
في الضايع بان كان هو الاردى فكان تنفيذ الوصية من محل يحتمل ان يكون
حقه اولى وانما تعين حق الآخر في ثلث كل واحد من الثوبين لانه لما اخذ صا حب
الجيد ثلثي الجيد وصاحب الرديء ثلثي الرديء ولم يبق الا لصاحبه ثلث كل واحد
منهما فقد تعين حقه في ذلك ضرورة ولا يحتمل ان يكون حقه في الجيد بان
كان الضايع اجود فيكون هذا اوسطا ويحتمل ان يكون في الرديء بان كان
الضايع اردى فيكون هذا اوسطا وكان هذا التنفيذ وصية في محل يحتمل ان
يكون حقه كذا اقرره صاحب الهداية رحمه الله في شرحه للجامع الصغير
واذا كانت دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل ثم مات الموصي
فان الدار تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي بالبيت فهو للموصى له وان
وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت فيما اصاب الموصي وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله ان وقع في نصيبه فللموصى له
نصفه وان لم يقع فله مثل ذرع نصف البيت لانه اوصى ببيت مشترك فكانت
وصيته فيما يملك وفيما لا يملك فصحت فيما يملك وبطلت فيما لا يملك ولم تصح بحدوث
ملكه فيه كمن اوصى بدار غيره ثم ملكها ثم مات فان الوصية باطلة وهذا
لانه حين اوصى بالبيت لم يكن له الا نصفه واما النصف الآخر فانما ملكه بالقسمة عوضا
عما تركه على شريكه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية
في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف
البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالعبد الموصى به اذا قتل بعد
بعد الموصي وغرم القاتل القيمة تنفذ الوصية في بدله بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى
به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الاقدام على البيع دلالة الرجوع فتبطل الوصية
اما الوصية فلا تتعلق بالقسمة لهما ان الايجاب تناول ملكه على الاحتمال فيصح
وهذا لان القسمة افراز وتعيين للملك فيما لا يتفاوت بغير قضاء وفيما يتفاوت
بالقضاء او الرضى فاذا وقع البيت في نصيبه كان عين حقه فيتقيد الجهالة في ذلك ولما

صار البيت اذا وقع في قسمته عين حقه صار مثل ذرعانه حقا له اذا لم يقع في قسمه لانه
عوضه كما ذكرنا • او لان عوض الموصى من ذكر البيت التقدير به تصحيحا لتصرفه
ما امكن • فان قيل لو كان ذكر البيت للتقدير لما تحتم عليه دفع البيت اذا
وقع في نصيبه • قلنا انما يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير
والتمليك • واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير على انه اراد التقدير ان وقع في نصيب
صاحبه والتمليك بعينه ان وقع في نصيبه • وهذا كمن علق عتق الولد وطلاق المرأة
باول ولد تلده امته فان المراد في حق الطلاق مطلق الولد • وفي حق العتق ولد حي
ثم اذا اقتسما ووقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة
اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة عند محمد رحمه الله على عشرة اسهم سهم
للموصى له وتسعة للورثة فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت والورثة
بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون سهما فيصير عشرة اسهم وعندهما
يقسم على احد عشر سهما • لان الايجاب يتناول البيت وهو عشرة اذرع والعشرة
متى ضمت الى خمسة واربعين تصير خمسة وخمسين فيجعل كل خمسة سهما
فتصير احد عشر سهما فيضرب الموصى له بالعشرة وهم بخمسة واربعين فللموصى له
سهمان ولهم تسعة • ولو كان مكان الوصية اقرار ببيت بعينه قيل هو
على الخلاف والاصح انه على الاتفاق • لانه وضع المسئلة في كتاب الاقرار
في الاقرار ببيت بعينه واجاب بمثل قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله •
من غير خلاف • والفرق لمحمد رحمه الله ان الاقرار بملك الغير صحيح • حتى لو اقر
بما لا يملك ثم ملكه صح • وامر بالتسليم الى المقر له • اما الوصية بملك الغير فلا تصح
حتى لو ملكه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ • ومن اوصى لرجل من مال
اخر بالف درهم بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فلو دفعه
فهو جائز وله ان يمتنع من التسليم بعد الاجازة • لان العقد الموقوف اذا لحقته
الاجازة صار مضافا الى المجيز وصار العاقد وكيلا • فاذا اضيف اليه صار
ذلك هبة له منه • ومتى وهب شيئا له ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى
باكثر من الثلث ثم اجازت الورثة فانه ليس لهم ان يمتنعوا من التسليم بعدها
لان الوصية ثم صدرت من المالك مضافة الى محلها • وانما التوقف لحق الورثة
فاذا اجازوا فقد اسقطوا حقهم فيسلم المال للموصى له بالوصية من جهة الموصي •
وهنا الوصية المضافة لم تصادف محلها • لان محلها ملك الموصي لا ملك غيره
فكانت هبة موقوفة على اجازة المالك وعند الاجازة يجعل كالمباشر لها • اثنان
اقتسما تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر
يعطيه ثلث ما في يده استحسانا • وقال زفر رحمه الله يعطيه نصف ما

في يده

في يده قياسا لانه يقول له انك اقررت ان المال بيننا اثلاث فكان حقي وحقك
سواء فيجب ان يكون لي نصف ما في يدك • ولنا انه اقر بثلث شايع في كل التركة
فكان مقرا له بثلث كل جزء من التركة وفي يده جزء من التركة فيلزمه ثلث ذلك
ولا يلزمه اكثر من ذلك • ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده لزاد حقه على
الثلث • لانه ربما يقر الاخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة
وهذا بخلاف ما لو اقر احدهما بدين لغيره فانه يعطيه كل ما في يده اذا كان
الدين مستغرقا لما في يده لان الدين مقدم على الميراث فقد اقر ان رب الدين احق
منه بما في يده • فاما الموصى له فشريك الوارث فصار يقر انه شريكه وشريك اخيه
في الثلث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للوارث مثلاه • ولو كان البنون ثلاثة والتركة
ثلاثة الاف فاقتسموها فجاء رجل وادعى ان الميت اوصى له بثلث ماله وصدقه واحد
منهم فانه يعطيه عند زفر ثلاثة اخماس ما في يده • لان في زعمه ان له ثلث كل التركة
وثلثان بين البنين اثلاثا فيحتاج الى حساب له ثلث ولثلثيه ثلث واقله تسعة
ثلثه وهو ثلاثة للموصى له بالثلث والباقي وهو ستة بين البنين اثلاثا لكل ابن سهمان
وقد اقر ان للموصى له بالثلث ثلاثة اسهم وللمقر سهمان فيقسم ما في يده بينهما على هذه السهام
فصار خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة وله اثنان • وعندنا يعطيه ثلث ما في يده لما مر
ومن اوصى لرجل بامة فولدت بعد موت الموصي ولدا وقبل القسمة وكلاهما
يخرجان من ثلث ماله فهما للموصى له • لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد
تبعا حين كان متصلا بالام • فاذا ولدت ولدا قبل القسمة والتركة قبل القسمة
مبقاة على حكم ملك الميت بدليل انه تنفذ وصاياه وتقضى ديونه دخل في الوصية كانه
اوجب فيهما الوصية فكانا للموصى له • وان لم يخرجا من الثلث تنفذ وصيته اولا
من الام ثم من الولد • وعندهما تنفذ منهما على السواء • وصورته رجل له ستمائة
درهم وامة تساوي ثلثمائة درهم واوصى لرجل بالامة ثم ولدت الامة ولدا يساوي
ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الامة وثلث الولد عنده • وعندهما له ثلثا
الامة وثلثا الولد • لان الوصية تسري الى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالاجماع
لكون التركة باقية على ملك الميت • واذا ثبت السراية صار كان الوصية وقعت
بهما فوجب تنفيذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما • وله ان الام اصل والولد تبع ولا
يجوز نقض الاصل بالتبع • وفي جعل الولد شريكا معهما نقض بعض الوصية في الام
فلا يجوز • بخلاف البيع والعتق لان تنفيذ البيع والعتق في الولد لا ينقض شيئا
في الاصل بل يبقى تاما صحيحا الا انه ينحط بعض الثمن عن الاصل ضرورة مقابلته
بالولد اذا اتصل به القبض وذلك جائز لا باس به لان الثمن تبع حتى لا يشترط وجوده
عند البيع وينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا • هذا اذا ولدت قبل القسمة

وقبل قبول الموصى له. فإن ولدت بعد القبول وبعد القسمة فهو للموصى له، لأن التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على خالص ملك الموصى له. وإن ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري رحمه الله أنه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث فكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة. ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل القبول. وإن ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية ويبقى على حكم ملك الميت لأنه لم يدخل تحت الوصية قصدًا ولا سراية. والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا.

فصل في اعتبار حالة الوصية

الأصل في هذا الفصل ما مر أن كون الموصى له وارثًا أو غير وارث لجواز الوصية وفسادها يعتبر يوم الموت لا يوم الوصية. وفي الإقرار يعتبر كون المقر له وارثًا أو غير وارث يوم الإقرار لجوازه وفساده. وإذا أقر مريض لامرأة بدين أو أوصى لها بوصية أو وهب لها هبة ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار عندنا خلافًا لزفر رحمه الله وبطلت الوصية والهبة. لأن المعتبر في الإقرار كون المقر له وارثًا أو غير وارث يوم الإقرار وهي أجنبية عنه. وهذا لأن الإقرار ملزم بنفسه ويصح على سبيل التجارة دون الوصايا ولا يتوقف على الموت فلم يؤثر فيه النكاح الحادث. ولهذا يعتبر من كل المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حال الصحة أو في حال المرض لأن الثاني يؤخر عنه. والمعتبر في الوصية يوم الموت لأنها إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت وهي وارثة حينئذ والوصية للوارث باطلة. وأما الهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكمًا لأنها وقعت موقع الوصايا لأنها تبرع يتقرر حكمه بعد الموت. ألا ترى أن من وهب عبدًا في مرض موته لأجنبي وهو كل ماله وسلم صحت وصار ملكًا للموهوب له ثم إذا مات من ذلك المرض وجب الفسخ في الثلثين حقًا للورثة وفي الكل حقًا للغرماء فصارت كالمتعلق بالموت. وإذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو له وسلمه أو أقر له بدين فأسلم الابن أو أعتق قبل موته بطل ذلك كله. أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الإقرار وإن كان ملزمًا بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيورث تهمة الإيثار فصار باعتبار التهمة ملحقًا بالوصايا. وكذلك كمن أقر لأخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والمقر له الأخ فإنه له باطل لما قلنا وهذا بخلاف النكاح لأن سبب الإرث لم يوجد وقت الإقرار. حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الإقرار والمرأة نصرانية فأسلمت قبل موته لا يصح الإقرار لوجود السبب زمان الإقرار. وكذا لو كان الابن عبدًا أو مكاتبًا لما بيننا. وذكر في كتاب الإقرار إذا لم يكن عليه دين فيصح لأنه يصير كأنه أقر

لمولاه وهو أجنبي عنه. وإن كان عليه دين لا يصح لأن الإقرار له وهو ابنه. والوصية باطلة لما مر أن المعتبر فيها وقت الموت. أما الهبة فصحيحة في رواية لأنها تمليك في الحال وهو رقيق في الحال. وفي عامة الروايات لا تصح لأنها في مرض الموت بمنزلة الوصية. والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا تطاول ذلك فصار بحال لا يخاف منه الموت فهو كالصحيح حتى تصح هبته من جميع المال لأنه إذا تطاول وقدروه بسنة صار بمنزلة طبع من طباعه وخرج عن أحكام المرض حتى لا يشتغل بالتداوي. وهذا لأن مرض المريض ما يكون سبب الموت وإنما يكون كذلك بحيث يزداد حالًا فحالًا إلى أن يكون آخره الموت. وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد بعده فلا يكون سببًا للموت فصار صاحبه في التصرف بمنزلة الصحيح. فلو صار صاحب فراش بعد صار بمنزلة حدوث المرض. وأما في أول ما أصابه إذا مات من ذلك في تلك الأيام وقد صار به صاحب فراش فهو مرض يخاف منه الهلاك ولهذا يتداوى فكان مرض الموت فيعتبر هبته من الثلث.

باب العتق في المرض

ومن أعتق عبدًا في مرضه أو باع أو حابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا. وفي بعض النسخ فهو وصية والمراد به وصية في حق الاعتبار من الثلث والمزاحمة أصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية. لأن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا منجز قبل الموت واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة. وكذا ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه تبرع ابتداء كالهبة. وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث. وإن أوجبه في حال الصحة إذ المعتبر حال الإضافة لا حال العقد. وما نفذه من التصرف كالإعتاق والهبة فالمعتبر فيه حال العقد فإن كان صحيحًا فهو من كل المال. وإن كان مريضًا فهو من الثلث. وكل مرض صح منه فهو كالصحة. لأن حق الوارث والغرماء إنما يتعلق بماله في مرض الموت وبالبرء ظهر أنه ليس بمرض الموت. ولم يسع العبد إن أجازت الورثة. حتى لو ترك ابنين ومائة درهم وعبدًا قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجازه الوارثان العتق لم يسع في شيء. لأن العتق في مرض الموت وصية وقد وقعت بأكثر من الثلث لكنها تجوز بإجازة الورثة لأن المنع لحقهم. فإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة رحمه الله. وإن أعتق ثم حابى فهما سواء. وقالا العتق أولى في المسألتين. وقال زفر رحمه الله الأول أولى. والأصل أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من أصحابها يضرب بوصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الواقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح. بخلاف ما لو قال أنت حر بعد موتي بيوم فإنه ليس من العتق

الذي يبدأ به. والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض. وذلك لأن الوصايا قد تساوت
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق. وإنما قدم العتق
الذي ذكرناه لأنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ فكان
العتق أقوى. وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي لأنها تثبت في ضمن
المعاوضة ومن قضية المعاوضة اللزوم فلزمت الوصية التي في ضمنها فصارت
بمنزلة العتق. وإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما
من أهل الوصايا ولا يتقدم بعضهم على بعض. لزفر رحمه الله أن لكل منهما نوع قوة
فالعتق لا يحتمل الفسخ والمحاباة تجارة فيبدأ بما بدأ به. ولهما أن العتق لا يحتمل
الفسخ بحال والمحاباة يلحقها الفسخ فكان العتق أقوى فيبدأ به ولا معتبر في التقديم
في الذكر لأن التقديم في الذكر لا يوجب تقدما في الثبوت لأن زمان التنفيذ بعد
الموت والكل ينفذ معا. وله أن المحاباة أقوى من العتق لأنها تثبت في ضمن
المعاوضة فكانت تبرعا معنى لا صيغة والإعتاق تبرع صيغة ومعنى. فإذا وجدت
المحاباة أولا دفعت الأضعف. وإذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان
من ضرورته المزاحمة. وعلى هذا الأصل قال أبو حنيفة رحمه الله إذا أعتق ثم حابى ثم أعتق
قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة فما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني.
ولو حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في الجهة
ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينها وبين العتق لأن العتق متقدم عليها فاستويا.
وعندهما العتق أولى بكل حال. فإن قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحاباة الأولى
عنده لأن المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الأولى راجحة على العتق والمساوي
للمرجوح مرجوح. وكذا في المسألة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني
العتق الأول عنده لأن الأول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق والمساوي
للراجح راجح. قلنا لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالإجماع
إذا لم يكن الغير متخللا وكذا إذا تخلل. وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه الألف
عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق
عنه بما بقي. ولو أوصى بأن يشتري بكل ماله عبد فيعتق عنه صح وإن لم تجز
الورثة بطلت عنده أيضا وقالا يشتري بالثلث. ولو أوصى بأن يشتري له عبد
بألف وزاد الألف على الثلث بطلت عنده وقالا يشتري بالثلث عبد ويعتق
وإن أوصى بأن يحج عنه بهذه المائة فهلك منها درهم يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ
وإن لم شيء حج بها فإن بقي شيء منه رد على الورثة. لهما أنه وصية بنوع قربة يهلك
وهو العتق فينفذ ما أمكن كما لو أوصى بأن يحج عنه بكل ماله ولم تجز الورثة
أو قال بكل ماله بمائة وثلث ماله يبلغ مائة ولم يجيزوا. وله أن الوصية

إذا وجبت بمستحق لم يصح تنفيذها لغيره. وهنا أوصى بالعتق بمشتري بما سمى فلم
يصح تنفيذها في عبد يشتري بأقل منه لأنه غير الأول فكان فيه تنفيذ الوصية
لغير الموصى له وذا لا يجوز. بخلاف الوصية بالحج لأن المستحق بالحج لم يتبدل
لأنها قربة محضة في حق الله تعالى فلم تبطل الوصية. كما لو أوصى لرجل بمائة
فهلك بعضها يدفع الباقي إليه. وأصله أن العتق عنده حق المملوك حتى لم يقبل
الشهادة على عتق المملوك بغير دعوى واختلف المستحق ضرورة. وعندهما العتق
حق الله تعالى حتى تقبل الشهادة على العتق بغير دعوى فلم يعتبر العبد موصى له
بل المعتبر صاحب الشرع موصى له فلم يتبدل المستحق فإن بقي شيء رد على الورثة
لأن التركة حق الورثة إلا ما اشتغل بحق الوصية. ولو أوصى بأن يحج عنه من ثلثه
فقيل له إن ثلث مالك لا يفي به فقال أعينوا به في الحج يعان به في الحج على الفقراء لأن
اللفظ يدل عليه لأن الإعانة إنما تكون للفقير المحتاج. ومن أوصى بعتق عبده
فمات الموصي فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية. وإن فداه الورثة
كان الفداء في مالهم وأمضوا الوصية. والأصل أن الإيصاء بالإعتاق
لا يبطل ملك الورثة. فإن شاؤوا فدوه وإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية
مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على ما يتلقى الملك من المالك فهو الموصى له وبطلت
الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذا حق من يتلقى الملك من
جهته. ألا ترى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية
وكذا هنا. وإن اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية لأن العبد
قد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية. ومن أوصى بثلث ماله
لزيد ثم مات وترك عبدا وما لا وورثا فقال الموصى له أعتقه في صحته وقال
الوارث أعتقه في مرضه فالقول للوارث ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث
شيء أو تقوم له بينة أن العتق في الصحة لأنه ينكر ثبوت حق الموصى له لأنه يقول
العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض يقدم في التنفيذ على الوصية بثلث
المال والموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق وإن الإعتاق لم يكن
وصية لأن العتق في الصحة لا يكون وصية حتى ينفذ من كل المال والقول
للمنكر مع اليمين. ولأن العتق من الحوادث فيحكم بحدوثه من أقرب الأوقات
للتيقن ثم أقرب الأوقات هنا وقت المرض فكان الظاهر شاهدا للوارث فكان
القول قوله مع اليمين إلا أن يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لأنه لا مزاحم له أو
تقوم له بينة أن العتق في الصحة إذ الثابت بالبينة بمنزلة الثابت بالمعاينة نعم
البينة إنما تقبل عن خصم والعتق حق للعبد عنده ولكنه خصم في إقامتها لإثبات
حقه. ومن مات وترك ابنا وعبدا فقال رجل لي على أبيك ألف وقال العبد

أعتقني أبوك في صحته فقالا للابن صدقتما يسعى العبد في قيمته ويدفع القيمة إلى الغريم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق ولا يسعى في شيء لأن العتق والدين ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما ثبتا بالبينة ومن أعتق عبداً في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد له في شيء فهذا مثله وله أن الإقرار بالدين أقوى ولهذا يعتبر من كل المال في جميع الأحوال والعتق ليس بوصية في المرض والإقرار بالعتق في المرض بمنزلة الوصية حتى يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الأدنى فقضيته أن يبطل العتق أصلاً إلا أن العتق بعد الوقوع لا يحتمل الانتقاض فنقضناه معنى بإيجاب السعاية ولأن استناد العتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد شغل الدين وقد وجد به شغل الدين هنا فمنع الاستناد فوجب رده بالدين ورده بالسعاية وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ابناً وألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم وقال رجل هذا الألف الذي تركه أبوك كان وديعة لي عندك وقال صدقتما فعنده الألف بينهما نصفان لأنه لم تظهر الوديعة إلا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة وقالا الوديعة أحق لأنها تثبت في عين الألف والدين يثبت في الذمة أولاً ثم ينتقل إلى العين فكانت أسبق فكان صاحبها أحق كما لو كان الموروث حياً وقال صدقتما بعد ما قالا قلنا الإقرار من الوارث بالدين بيننا ولا تركة إلا الذمة وقد وقعا معاً بخلاف المورث وذكر في الهداية فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء والأصح ما ذكرنا أولاً وبه تنطق شروح الجامع الصغير وشرح المنظومة

فصل

ومن أوصى بحقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لأن الأصل أن يبدأ بالأهم والفريضة أهم من غيرها وإن تساوت في القوة بدأ بما بدأ به الموصي إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر من حال الإنسان أنه يبتدئ بما هو الأهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت بالنص ولو نص على تقديمه ما بدأ الأمر تقديمه كذا هنا واختلفت الرواية عن أبي يوسف رحمه الله في الحج والزكوة فقال في إحدى الروايتين يبدأ بالحج وإن أخره لأن الحج يتأدى بالبدن والمال والزكوة بالمال فحسب فكان الحج أقوى فيبدأ به وروي عنه أنه تقدم عليه الزكوة بكل حال لأن حق الفقير في القبض ثابت فكان متعلقاً بالحقين والحج يتمحض حقاً لله تعالى فكانت الزكوة أقوى ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لترجحهما عليها فقد جاء فيهما الوعيد ما لم يأت في الكفارة قال الله تعالى ومن كفر فإن الله غني عن العالمين والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم وغير ذلك من الأحاديث الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين مقدم على صدقة الفطر لثبوتها

بالكتاب

بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق في وجوبها والاختلاف في وجوب الأضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض كالنذر يقدم على الأضحية لأن النذر ثابت بالكتاب دونها وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وإن كان مع شيء من هذه الوصايا الثابتة حقاً لله تعالى حق لآدمي بأن قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات ولزيد قسم على تعداد أسهم بعدد القرب فلا يجعل الجميع كوصية واحدة ثم ما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرنا لأن كل جهة من هذه غير الجهة الأخرى والمقصود وإن كان متحداً وهو القربة ولكن كل قربة في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين ومن أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً لأن الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لأداء ما كان واجباً عليه ويحج راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه فإن لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لأنه أوصى بالحج بصفة وقد عدمت ووجه الاستحسان أنا نعلم أن غرضه تنفيذ الوصية فننفذ ما أمكن ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحساناً وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى الله ورسوله الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما إذا خرج بنية التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن عمله قد انقطع بموته لقوله عليه السلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته إلا الثلاثة والخروج إلى الحج ليس من الثلاثة فلا يبنى على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى والخروج للتجارة سواء وثم يحج عنه من بلده فكذا هنا

باب الوصية للأقارب وغيرهم

ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون لداره عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وهذا قياس لأن الجار عند الإطلاق إنما يطلق على الجار الملاصق لأنه من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة قال عليه السلام الجار أحق بسقبه والمراد هو الملاصق ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع ألا ترى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الأرض وجار القرية صرف إلى الأخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما الوصية لكل من يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة لأن الكل يسمى جيراناً عرفاً قال عليه السلام لا صلاة لجار المسجد

إلا في المسجد وفسّره بكل من يسمع النداء • لأن المقصود البر وبر الجار لا يختص بالملاصق
بل بر المقابل مقصود لكن الملاصق غير أنه لا بد من نوع اختلاط فإذا جمعهم مسجد
واحد فقد وجد الاختلاط • وإذا اختلفا في المسجد زال الاختلاط • ألا ترى
أن عليًا رضي الله عنه فسّر الحديث بمن يجمعهم مسجد واحد • وقال الشافعي
رحمه الله الجوار إلى أربعين دارًا • لقوله عليه السلام حق الجوار أربعين دارًا •
هكذا وهكذا • قلنا هذا الخبر ضعيف وقد طعنوا في رواته • ويستوي فيه الساكن
والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي والصغير والكبير لإطلاق اسم الجار
ولا يدخل فيه العبيد والإماء والمدبرون وأمهات الأولاد لأنه لا جوار لهم لأنهم
أتباع في السكنى • والمكاتب يدخل كذا ذكر في الزيادات والمحيط من غير ذكر
خلاف • وذكر في الهداية ويدخل فيه العبد الساكن عند أبي حنيفة لإطلاقه
ولا يدخل عندهما • لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن • ومن أوصى
لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لقوله عليه السلام لما تزوج
صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكرامًا لها وكانوا يسمون
أصهار النبي صلى الله عليه وسلم • وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة رحمهما الله
وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل
ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار • وإنما يدخل تحت الوصية من كان صهرًا للموصي
يوم موته بأن كانت المرأة منكوحة له عند الموت أو معتدة عنه بطلاق رجعي
لأن المعتبر حالة الموت • حتى لو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق
رجعي فالصهر يستحق الوصية • لأن الطلاق الرجعي لا يقطع النكاح • وإن كانت
في عدة من طلاق بائن أو ثلاث لا تستحقها لأن انقطاع النكاح يوجب انقطاع
الصهرية • ومن أوصى لأختانه فالوصية لكل ذي زوج ذات رحم محرم
منه كأزواج البنات والأخوات والعمات والخالات • وكذا لكل ذي رحم
محرم من أزواجهن كذا ذكره محمد رحمه الله • لأن الكل يسمى ختنًا • قيل
هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم • ويستوي فيه الحر والعبد
والأبعد والأقرب لأن اللفظ يشمل الكل • ومن أوصى لأقاربه أو لذي قرابته
أو لذوي أرحامه أو لذوي أنسابه فهي عند أبي حنيفة رحمه الله للأقرب فالأقرب
من كل ذي رحم محرم منه ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد في ظاهر الرواية •
وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن الجد وولد الولد لا يدخل ولا يدخل
فيه الوالدان والولد والوارث ويكون للاثنين فصاعدًا • ويستوي فيه الصغير
والكبير والحر والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر • وعندهما يدخل في الوصية
كل قريب ينسب إليه من قبل الأب أو من قبل الأم إلى أقصى أب له في الإسلام •

يستوي

يستوي فيه الأقرب فالأقرب والواحد والجمع والمسلم والكافر • وهل يشترط إسلام
أقصى الآباء قيل يشترط • وقيل لا يشترط ولكن يشترط إدراكه الإسلام •
حتى لو أوصى علوي لذوي قرابته فمن شرط الإسلام تصرف الوصية إلى أولاد علي رضي الله عنه
ثم إلى أولاد أبي طالب • ومن لم يشترط تصرف إلى أولاد أبي طالب فيدخل فيه أولاد
عقيل وجعفر ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالإجماع لأنه لم يدرك الإسلام فهما
اعتبرا حقيقة اللفظ • لأن اسم القريب يتناول الكل • وله أن الوصية أخت الميراث
وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب كذا هنا والجمع في الميراث المذكور اثنان فكذا
في الوصية • وإنما اعتبره لأن المقصود من الوصية صلة القريب فيختص بها من
يستحق الصلة من قرابته ولا يدخل الوالد والولد لأنه لا يطلق عليهما اسم القريب
ومن سمى والده قريبًا كان عاقًا • وهذا لأن القريب في العرف من يتقرب إلى غيره
بواسطة الغير وتقرب الوالد والولد بنفسهما لا بغيرهما والدليل عليه قوله تعالى
الوصية للوالدين والأقربين • فقد عطف الأقربين على الوالدين والمعطوف غير
المعطوف عليه • وأنى يصح لهما الاحتجاج بظاهر اللفظ وقد انعقد الإجماع على تركه
فعنده يتقيد بما بينا • وعندهما بأقصى أب له في الإسلام • وعند الشافعي رحمه الله
بالأب الأدنى • وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند أبي حنيفة
رحمه الله لأنه يعتبر الأقرب فالأقرب كما في الإرث • وعندهما يقسم بينهم أرباعًا
لأن اسم القريب يتناولهم ولا يعتبران الأقرب • ولو ترك عمًا وخالين فللعم
نصف الوصية والنصف للخالين لأنه لا بد من اعتبار الجمع وأقله اثنان في الوصية
والإرث • فيكون للواحد النصف وبقي النصف الآخر فلا مستحق له أقرب من الخالين
فكان لهما • ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا • ولو ترك عمًا وعمة
وخالًا وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء لاستواء قرابتهما وقرابة العمومة أقوى
من قرابة الخؤولة • والعمة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان
القريب رقيقًا أو كافرًا • وإن لم يكن للموصي ذو رحم محرم في هذه المسائل فالوصية
باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله • لأن الوصية عنده لذي الرحم المحرم • فإذا لم يكن
للموصي ذو رحم محرم كانت الوصية للمعدوم والوصية للمعدوم باطلة • ولو
أوصى لذي قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل • حتى لو كان له عم وخالان
فكله للعم عنده • لأن اللفظ للفرد فيحرز العم كله لأنه أقرب • ومن أوصى لأهله
فالوصية لزوجته عند أبي حنيفة رحمه الله • لأنها المراد به لغة وعرفًا • قال الله تعالى
إذ قال لأهله أي لامرأته • ويقال تأهل أي تزوج • وعندهما لمن كان في عياله
ونفقته اعتبارًا للعرف • قال الله تعالى فنجيناه وأهله إلا امرأته والمراد من كان
في عياله • ولو أوصى لجنسه أو لأهل بيته أو لآله يدخل فيه كل من ينسب إليه من آبائه •

إلى أقصى أب له في الإسلام الأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير سواء. ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات ولا أحد من قرابة أم الموصي لأنهم لا ينتسبون إلى أب الموصي الأكبر. وإنما ينتسبون إلى آبائهم فكانوا من جنس آخر وأهل بيت آخر. لأن النسب يعتبر من الآباء والأب الأكبر لو كان حيا لا يدخل تحت الوصية. لأن هذه الوصية للمضاف لا للمضاف إليه. ولو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها لا يدخل ولدها لأن ولدها ينتسب إلى أبيه لا إليها الا الأكبر. إلا أن يكون أبوه من قومها. ولو أوصى ليتامى بني فلان أو لأراملهم أو لعميانهم أو لزمناهم إن كانوا يحصون فالوصية لفقرائهم وأغنيائهم وذكورهم وإناثهم. لأن الوصية تمليك وأمكن تحقيق معنى التمليك في حقهم وإن كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم. والأصل أن الوصية إذا وقعت باسم ينبئ عن الحاجة كانت واقعة لله تعالى فتصح. وإن كانوا لا يحصون لأنه معلوم. وإن كان لا ينبئ عن الحاجة فإن كانوا يحصون صحت وصيته وإلا بطلت. ثم هذه الأسامي تنبئ عن الحاجة. أما اليتم والعمى والزمانة فظاهر. وكذا الأرامل لأنها جمع الأرملة وهي المرأة التي مات زوجها وهي فقيرة فأمكن حملها على الفقراء تصحيحا للوصية. ولو أوصى لشبان بني فلان أو لأيامى بني فلان أو لثيبهم أو لأبكارهم صح في الإحصاء والا لا. لأن هذه الأسامي لا تنبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفها إلى الفقراء ولا يمكن تصحيحها تمليكا في حق الكل لتفاحش الجهالة. ولو أوصى لبني فلان فهو للذكور لا غير عند أبي يوسف رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله آخرا اعتبارا للحقيقة. وقال محمد رحمه الله يدخل فيه الإناث وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا. لأن الاسم يتناول الكل. قال الله تعالى وإن كانوا إخوة رجالا ونساء. فإن كانوا بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ يدخل فيه الذكور والإناث ومولى العتاقة والموالاة. لأن المراد حينئذ مجرد الانتساب كما في بني آدم. ومن أوصى لولد فلان فالوصية للذكر والأنثى على السواء. لأن الولد ينتظم الكل. وإن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين كما في الإرث. ولو أوصى لمواليه وله معتقون ومعتقون فالوصية باطلة إلا أن يبين ذلك في حياته. وقال الشافعي رحمه الله الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر رحمهم الله. لأن الاسم يتناولهم فصار كما لو أوصى لإخوته وله ستة إخوة مختلفين فالوصية لهم وهم في ذلك على السواء. ولنا أن هذا الاسم مشترك ينطلق على الأعلى لأنه منعم على الأسفل وعلى الأسفل لأنه منعم عليه فلا عموم له. لأن العام لا يشتمل جمعا لمعنى واحد. ويبطل التعيين لاختلاف

مقاصد الناس

مقاصد الناس. فمنهم من يقصد الأعلى مجازاة وشكرا للإنعام ومنهم من يقصد الأسفل لزيادة الإنعام فوجب التوقف حتى يقوم البيان ولم يوجد البيان فبطل ضرورة. وهذا بخلاف ما لو حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه يحنث بكلام أيهما وجد لأنه في مقام النفي. والاسم المشترك يعم في النفي لأنه لا تنافي فيه. وهذا بخلاف الإخوة لأن اسم الأخ ينطلق على كل واحد بمعنى واحد وهو المتفرع من أصله فصار الاسم عاما لا مشتركا. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز الوصية وصرفها إلى المعتقين لأن شكر الإنعام واجب وفضل الإنعام مندوب فصار صرف الوصية إلى أداء الواجب أولى. وعند محمد رحمه الله أنه إذا اصطلحا على واحد صح لأن الجهالة تزول به كما في مسألة الإقرار لأحد هذين. ويدخل في الوصية للموالي من أعتقه في الصحة والمرض. ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده. لأن عتق هؤلاء لا يثبت بعد الموت والوصية مضافة إلى حال الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله ليثبت الاستحقاق. وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون في الوصية. لأن سبب الاستحقاق لازم في حق هؤلاء فينطلق اسم الموالي عليهم. ولو قال لعبده إن لم أضربك فأنت حر فمات قبل أن يضربه دخل في الوصية. لأن العتق يثبت في آخر جزء من حياته لتحقق العجز عنه فيثبت اسم المولى قبل الموت. ولو كان الموصي رجلا من العرب فأوصى لمواليه بثلث ماله صحت الوصية. لأن العرب لا تسترق ولا تسبى فلا يكون له إلا المولى الأسفل فبطل الاشتراك فصحت الوصية. ويدخل فيه الأسفل مع ولده. ولا يدخل فيه موالي الموالاة ومعتق المعتق. لأن الحقيقة مرادة فبطل المجاز. وعن أبي يوسف رحمه الله أن موالي الموالاة يدخل والكل شركاء. لأن الاسم يتناولهم على السواء. قلنا سبب ثبوت أحدهما الإعتاق وسبب الآخر العقد وهما معنيان مختلفان. وإنما حمل على الإعتاق لأن السبب فيه لازم وكان الاسم له أحق. بخلاف ولد المعتق لأنه ينسب إليه بإعتاقه وجده فإن الحكم في الفرع يثبت للحرية فصار كالأصل. بخلاف موالي الموالي لوجود السبب المقصود من الغير فيهم فنزلوا منزلة ولد الولد مع ولد الصلب. فإن لم يكن له موال ولا أولاد الموالي فالثلث لموالي مواليه. لأن الاسم يتناولهم بطريق المجاز فيضاف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة. ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه وما بقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز فالحقيقة مرادة فينتفي المجاز. بخلاف ما قال أبو حنيفة رحمه الله فيمن أوصى لأقاربه وله عم وخالان فإن للعم النصف والنصف للخالين. لأن اسم الأقارب ينطلق على الكل على سبيل الحقيقة. إلا أنه اعتبر الترتيب بالقوة فصح الجمع. ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وإنما يحوز ميراثهم بسبب العصوبة. بخلاف معتق

البعض

لانه ينسب اليه بالولاء • وقال زفر رحمه الله يدخل في الوصية مع مواليه موالي ابيه
لانهم يسمون مواليه • وقال ابو يوسف رحمه الله اذا اوصى لموالية وله موالي اب وقد
مات ابوه وورث ولاءهم فالوصية لهم لانهم مواليه حكما • ولو اوصى لمواليه بني فلان
لفخذ يحصون دخل فيها المعتق ومعتق المعتق ومن علق عتقه بعدم ربه لانه لان
المراد تحديد الانتساب والكل ينسبون اليه ولا يدخل المدبر وام الولد لما مر

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معروفة وتجوز بذلك ابدا
لان المنفعة تحتمل التمليك ببدل وبغير بدل في حال الحيوة • وتحتمل التمليك بعد
الممات كالاعيان دفعا للحاجة • وهذا لان الموصي تبقى العين على ملكه حيث
يجعله مشغولا لا يتصرف فيه موقوفا على حاجته • فانما تحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي
الموقوف عليه منفعة الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كالعارية
وهذا بخلاف الميراث فالارث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة لان الوراثة
خلافة • وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث
وهذا انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين • فاما الوصية فايجاب
ملك بالعقد كالاجارة والاعارة • وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانها بدل
المنفعة واحد حكمها والمعنى وهو حاجة الموصي تشملهما • فان خرجت رقبة العبد
من الثلث سلم اليه ليخدمه • لان حق الموصى له في الثلث ولا مزاحمة للورثة في ذلك
فان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما حتى يستكمل الموصى له
مقدار ما عينه الموصي من الزمان • لان الوصية لا تنفذ في اكثر من الثلث وحقهم
في الثلثين والعبد لا يحتمل القسمة في نفسه فتكون القسمة بطريق المهاياة في الخدمة
ايفاء للحقين • وصارت الوصية بالخدمة ما لم يستوف الموصى له كمال حقه بمنزلة
الوصية بالرقبة • فان مات الموصى له عادت الى ورثة الموصي • لان الموصي اوجب
الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه • فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها
ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذا لا يجوز • وان مات الموصى له في حياة الموصي
بطلت الوصية لان ايجابها مضاف الى ما بعد الموت • ولو اوصى بسكنى داره سنة
ولا مال له غيرها تقسم الدار اثلاثا يسكن ثلثها سنة وتسكن الورثة الثلثين
لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة اقرب الى المعادلة • لان
كل واحد يستوفي نصيبه من السكنى في الوقت الذي يستوفي فيه صاحبه بخلاف
ما اذا تهايئا على الزمان فان هناك يستوفي احدهما بالاستيفاء • ولو اقتسموا الدار
مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لانه اعدل •
كما لو اوصى له بغلة عبده او بثمرة بستانه فانه تجوز • لانه وصية بالعين فكان

احق

احق بالجواز • ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة • لان الغلة او الثمن غير مال
يحتمل القسمة بخلاف الخدمة • وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار • وعن
ابي يوسف رحمه الله ان لهم ذلك لان حقهم على الخلوص فينفذ تصرفهم فيه • وجه الظاهر
ان حق الموصى له بالسكنى ثابت في سكنى الدار جميعها • بدليل انه لو ظهر للميت مال اخر
تخرج الدار من ثلثه كان هذا احق بسكنى جميعها • ولو خرب ما في يده من الدار كان
له ان يزاحم الورثة فيما في ايديهم وفي البيع ابطال حقه فيمنعوا من ذلك • ولو اوصى بغلة
عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة
المنافع مثل عينها في حصول المقصود • والاصح انه لا يجوز لانه اوصى له بالغلة وهي
دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها ولا شك انهما متغايران ومتفاوتان
في حق الورثة • فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة باسترداده منه بعد استغلال لها
بخلاف ما اذا استوفى المنافع نفسها • وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد
او الدار • وقال الشافعي رحمه الله له ذلك • لان تمليك المنفعة بعقد مضاف الى ما
بعد الموت كتمليك المنفعة في حال الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار في حال الحيوة
يملك الاجارة من غيره فكذا اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت • وهذا لان
المنافع كالاعيان عنده لما مر • بخلاف المستعير فانه لا يملك المنفعة عنده • لانها
اباحة الانتفاع • ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة يتعلق بها اللزوم
ولنا ان الموصى له ملك المنفعة بغير عوض فلا يملك تمليكها من غيره بعوض كالمستعير
فانه لا يملك الاجارة • وهذا لان المستعير ملك المنفعة اذ التمليك في حال الحيوة
اقرب الى الجواز منه بعد الممات • واذا احتملت المنفعة التمليك بعد الموت بغير
عوض فلان تحتمل ذلك في حال الحيوة اولى • ولهذا تصح بلفظ التمليك حتى لو قال
ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة • الا ان التمليك ببدل لازم وبغير
بدل غير لازم • وانما لا يتعلق بالعارية اللزوم لعريها عن البدل وكذا الوصية غير
لازم الا ان غير الموصي لا يتمكن من الرجوع بعد موت الموصي • لان الرجوع للمتبرع
لا لغيره والموصي لا يقدر على الرجوع بعد الموت فلهذا امتنع الرجوع • اما الوصية
في نفسها فغير لازم • ولان المنفعة ليست بمال وفي تمليكها بالمال احداث معنى
المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة • وانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها
تبعا لملك الرقبة او لمن ملك بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا بالصفة التي تملكها
فاما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملك
معنى وذلك لا يجوز كذا قرره في المبسوط • وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة
الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان
يخرج العبد من الثلث • لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان

الموصى له وأهله في موضع آخر فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمهم. وإذا كانوا
في مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمة العبد من غير أن يلزمه مشقة السفر
فلا يكون له أن يخرجه من بلده. ولو أوصى له بغلة الدار يجوز لأنه بدل المنفعة
فأخذ حكمها في جواز الوصية به. ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث الغلة لما بينا
فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له
ذلك إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله فإنه يقول الموصى له بمنزلة الشريك
فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكما أن للشريك أن يطالب بالقسمة ليكون هو الذي
يستغل نصيبه فكذا الموصى له بالغلة. ولنا أن القسمة تبتني على ثبوت حق الموصى له
فيما تلاقيه القسمة ولا حق له في عين الدار وإنما حقه في الغلة وقسمة الدار لا تكون
قسمة الغلة فلا يكون له أن يطالب بقسمة الدار. وإن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة
ولآخر بخدمته سنتين ولم تجز الورثة تخدم الورثة ستة أيام وللموصى لهما
ثلاثة أيام لصاحب السنة ويومان لصاحب السنتين حتى تمضي تسع سنين لأن عينه
لا تقسم فيقسم بالتهايؤ زمانا على توفير الحقوق فيهم. ولو عين فقال لفلان هذه
السنة ولفلان هذه وسنة أخرى يخدم في السنة الأولى للورثة ثم أربعة أيام
ولهما يومين وفي الثانية للورثة يومين وللموصى له يوما لانقضاء وصية الآخر
وإن قال أوصيت بهذه الأمة لفلان وبحملها لآخر. أو بهذه الدار لفلان
وببنائها لآخر. أو بهذا الخاتم لفلان وبفصه لآخر. أو بهذه القوصرة لفلان
وبالتمر الذي فيها لآخر فإن وصل فلكل واحد ما أوصى وإن فصل فكذلك
عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله ينفرد صاحب الأصل بالأصل ويشتركان يوسف ع
في التبع. ولو أوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لآخر أو بهذه الدار لفلان
وبسكناها لآخر أو بهذه النخيل لفلان وبثمرها لآخر ولم توجد الثمرة فلكل
واحد ما أوصى هنا بالاتفاق وصل أم فصل لأنه أوجب لكل واحد منهما شيئا
معلوما وما أوجبه لكل واحد منهما يحتمل الوصية بانفراده فلا يتحقق بينهما
مشاركة فيما أوجبه لكل واحد منهما. ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة
فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة
للموصى له. فكذا إذا أوصى بالرقبة لإنسان آخر لأن الوصية كالميراث
من حيث إن الملك فيهما يثبت بعد الموت. ووجه قول أبي يوسف رحمه الله
في الخلافية أن بإيجابه في الكلام الثاني يتبين أن مراده من الكلام الأول
إيجاب الأمة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وإن كان مفصولا
لأن الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فيكون البيان المفصول فيه
والموصول سواء كما في الوصية بالرقبة والخدمة. ولهما دخلت تحت الوصية

للثاني

للثاني قصدا أو دخلت تحت الوصية الأولى تبعا واعتبار التنصيص أولى. ووجه قول
محمد رحمه الله أن الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا. واسم الأمة يتناولها وما في
بطنها. والدار اسم للعرصة والبناء. واسم القوصرة كذلك. ومن أصلنا أن العام
في أفراد ما تناوله فاجتمع في الفص وصيتان وكل واحد منهما بإيجاب على حدة فيجعل
الفص بينهما نصفان ولا يكون إيجاب الوصية للثاني دليل الرجوع عن الأول كما
لو أوصى بالخاتم للثاني. بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول الخدمة
ولكن الموصى له بالرقبة إنما يستخدم لأن المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير
فيه. فإذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له حق بالرقبة حق في الخدمة. وكذا
اسم الدار لا يتناول السكنى واسم النخيل لا يتناول الثمرة. فإنما تستحق هذه الأشياء
بملك الأصل إذا لم يوجد المانع وهنا وجد المانع وهو الوصية للثاني فلا يمكن حمله
على البيان والتخصيص. بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا. لأن ذلك بمنزلة
دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون
الفص. ألا ترى أنه لو أوصى بالجارية واستثنى ولدها أو بالخاتم فاستثنى فصها
صح الاستثناء. ولو أوصى بالجارية واستثنى خدمتها لا يصح. ومن أوصى لآخر
بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها. وإن قال له ثمرة بستاني
أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش. وإن أوصى له بغلة بستانه فله
الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل. والحاصل أن الثمرة لا تتناول الحادث إلا أن
يزيد أبدا والغلة تتناولهما وإن لم يذكر الأبد. لأن الثمرة اسم للموجود لغة
يقول لك إنسان أفي كرمك ثمرة فتقول نعم تعني به الثمرة القائمة في الكرم
لا ما يحدث بعده فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد
لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم. فأما الغلة فاسم لما يوجد وقتا بعد وقت
ومنه غلة الدار والحانوت فلذلك استغني فيها عن ذكر التأبيد يتناول
الموجود وما هو بعرض الوجود من غير أن يتوقف على قرينة أخرى. ومن أوصى
لرجل بصوف غنمه أو بولدها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما
في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم مات الموصي سواء
قال أبدا أو لم يقل. لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء
يومئذ. والفرق بينها وبين ما تقدم أن الصوف واللبن والولد الموجود
يصح استحقاقها بالعقود فإنها تملك تبعا بكل عقد وتملك قصدا بالخلع
وكذا بالوصية. فأما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشيء من العقود
فلم يصح استحقاقها بعقد الوصية أيضا. فأما الثمرة والغلة المعدومة فيصح
استحقاقها بعقد المزارعة والمعاملة فلأن تستحق بعقد الوصية وهي أوسع الحقوق أولى

وإن أوصى بما في نخيله من الكفرى فصار بسرا قبل موت الموصي أو أوصى بالبسر فصار رطبا قبل موته أو أوصى بعنب فصار زبيبا أو بسنبل فصار برا أو بفضة فصار خاتما أو ببيضة فصارت فرخا قبل موته بطلت الوصية لأنه صار شيئا آخر. وإن تغير بعد موته نفذت الوصية. وإن أوصى ببسر فصار بعضه رطبا بطلت الوصية فيما صار رطبا وبقيت فيما كان بسرا اعتبارا للبعض بالكل. ولو أوصى برطب فصار تمرا قبل موته أو بحمل فصار كبشا لا تبطل الوصية استحسانا. والوكالة كالوصية حتى لو وكله ببيع شيء مما ذكرنا فحصل التغير قبل البيع ففي كل موضع لا تبطل الوصية لا تبطل الوكالة وفي كل موضع تبطل الوصية تبطل الوكالة. ولو غصب عنبا فصار زبيبا انقطع حق المالك وعلى الغاصب مثله. ولو غصب رطبا فصار تمرا لم ينقطع حق المالك. والفرق ما مر من تبدل العين وعدمه. وإن أوصى بأن يجعل داره مسجدا إن خرج من الثلث أو لم يخرج وأجازت الورثة يجعل مسجدا. وإن لم يخرج ولم تجز الورثة يجعل ثلث داره مسجدا. ولو أوصى بظهر مركبه في سبيل الله تعالى بطلت الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأن من مذهبه أن وقف المنقول لا يجوز وإن كان مضافا إلى ما بعد الموت وعندهما يجوز بطريق الوقف لأن وقف المنقول جائز فيما هو متعارف. وإن أوصى بشيء للمسجد لم يجز إلا أن يقول ينفق على المسجد لأنه ليس بأهل للملك والوصية تمليك وذكر النفقة بمنزلة الوقف على مصالحه. وقال محمد رحمه الله يصح لأنه يحمل على الأمر بالصرف إلى مصالحه تصحيحا لكلامه. ولو قال أوصيت بثلثي لفلان أو فلان فعند أبي حنيفة رحمه الله الوصية باطلة لجهالة الموصى له. وعند أبي يوسف رحمه الله لهما أن يصطلحا على أخذ الثلث كمن قال لفلان أو لفلان علي ألف. وعند محمد رحمه الله الخيار للورثة فأيهما شاؤوا أعطوا لقيامهم مقامه. والله أعلم.

باب وصية الذمي

ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة أو بيت نار في صحته ثم مات فهي ميراث. أما عنده فهي كالوقف والوقف عنده يورث. وأما عندهما فلأنه لا يجوز من أهل الذمة ما يرجع إلى الورثة. وإن كان وصية فهذا أولى. وإن أوصى بأن يبني داره بيعة أو كنيسة لقوم مسمين فهو جائز من الثلث لأن في الوصية معنى التمليك ومعنى الاستخلاف وله ولاية كليهما فيجوز على اعتبارين. وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما باطلة إلا أن يكون لقوم بأعيانهم. والحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أوجه أحدها أن يوصي بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية للمغنيات والنائحات فهذا لا تصح إجماعا إلا أن تكون لقوم بأعيانهم فتصح تمليكا من الثلث. فإن كانوا لا يحصون لا تصح تمليكا لأن تمليك المجهول

لا يصح ولا يمكن تصحيحها قربة لأنها معصية عند الكل. وثانيها أن يوصي بما هو معصية عندهم قربة عندنا كما لو أوصى بأن يجعل داره مسجدا أو يسرج في المساجد أو أوصى بالحج فهي باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم إلا إذا كان لقوم بأعيانهم فتصح تمليكا منهم وذكر الجهة مشورة. وثالثها أن يوصي بما هو قربة عندهم وعندنا كما لو أوصى بثلث ماله على الفقراء والمساكين أو يعتق به الرقاب أو يغزى به الترك وهو من أهل الروم أو يسرج في بيت المقدس فهي صحيحة إجماعا عين قوما أو لم يعين لأن الديانة متفقة من الكل على ذلك. ورابعها أن يوصي بما هو قربة عندهم معصية عندنا كما لو أوصى بأن يجعل داره بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو يسرج في ذلك أو يذبح الخنازير ويطعم المشركون فهي صحيحة عند أبي حنيفة رحمه الله سمى قوما أو لم يسم. وقالا باطل إلا أن يوصي لقوم بأعيانهم. لهما أن هذه وصية للمعصية وفي تنفيذها تقرير المعصية والسبيل في المعاصي ردها لا تقريرها فوجب القول بالبطلان. وله أن المعتبر ديانتهم في حقهم لأنا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون وهي قربة عندهم فتصح. ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية عندهم لا تجوز الوصية اعتبارا لديانتهم فكذا عكسه. وفرق أبو حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية ووجهه أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإنما يزول بأن يصير محررا خالصا لله تعالى ككمساجد المسلمين. والبيعة والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى تحقيقا فبقيت ملكا للباني فتورث عنه لأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تصر خالصة لله تعالى لبقاء تعلق حق العباد بها. وفي هذه الصورة تورث المسجد أيضا لأنه لم يصر خالصا لله تعالى بخلاف الوصية لأنها وضعت لإزالة الملك إلا أنه لم يثبت مقتضاه وهو زوال الملك في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلم يورث. وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وأوصى بماله كله لمسلم أو لذمي جاز لأن القصر على الثلث شرعا لحق الورثة حتى ينفذ بإجازتهم وليس لورثته حق مرعي لأنهم في دار الحرب وهم أموات في حقنا والحجر بناء على حق معصوم لا يصلح دليلا على الحجر لحق غير معصوم إذ حقوق أهل الحرب غير معصومة حتى لو كانت ورثته في دار الإسلام بأمان أو بذمة يتقيد بالثلث لحرمتهم. ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ورد الباقي على ورثته لأن رد ماله على ورثته من حق المستأمن أيضا. ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده في دار الإسلام صح منه من غير اعتبار الثلث لما ذكرنا. وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دارنا فله حكم أهل الذمة في المعاملات حتى تصح منه عقود التمليكات في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد موته. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف

رحمهما الله انه لا تجوز لانهما من اهل الحرب لانه لا يقصد الرجوع ويمكن منه بخلاف الذمي • ولو اوصى ذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لم يصح كالمسلم لانه التزم احكامنا فيما يرجع الى المعاملات • ولو اوصى لخلاف ملته صح كالارث لان ملك الكفر واحدة • ولو اوصى لحربي غير مستامن لا يصح لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخت الميراث وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانه يدعي الاسلام ظاهرا • وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف بين ابي حنيفة وصاحبيه في تصرفاته ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع كالذمية لانها تبقى على الردة ولا تقتل عندنا • والله اعلم

باب المتفرقات

• رجل قال اوصيت لبني بكر وهم سبعة بثلث مالي فاذا هم خمسة فالثلث كله لهم لانه اوصى للموجودين والمعدومين فالكل للمعدومين للموجودين • ولو كانوا عشرة يختار الوصي او الوارث سبعة منهم لانه خص السبعة منهم • ولو قال اوصيت لبني بكر وهم سبعة ولزيد فاذا هم ثلاثة له ربعه لان قوله وهم سبعة لغو • وقال اوصيت بثلث مالي لزيد وبكر وسعد لزيد مائة ولبكر خمسون وثلث ماله مائة فالمائة بين صاحبي التسمية اثلاثا ولا شيء لسعد لانه بمنزلة العصبة وكان له ما بقي ولم يبق • ولو كان الثلث ثلثمائة فلكل واحد ما سمي وله ما بقي • وان لم يكن ثالث فالباقي بينهما نصفان • ولو اوصى بثلثه لرجل ثم قال الثلث الذي اوصيت به قد اوصيت بنصفه لفلان او فقد اوصيت فالثلث بينهما نصفين لرجوعه في النصف • ولو قال وقد لا يكون رجوعا والاول يضرب بكل الثلث والاخر بالنصف فكان الثلث بينهما اثلاثا • ولو قال اوصيت بهذا الالف لزيد وبكر لزيد منه مائة وثلث ماله الف لزيد مائة وما بقي لبكر • فان هلك خمسمائة فما بقي بينهما على عشرة اسهم لان مقتضى الشركة الاستواء في الباقي والهالك ولو لم يهلك واوصى لاخر بالالف ايضا له بنصفه وبنصفه لهما على عشرة اسهم لان ما استحقه الاخر جعل كالهالك في حقهما • ولو قال لزيد من هذه الالف مائة ولبكر ما بقي فهلك نصفه له مائة ولبكر ما بقي لان الاول كصاحب فرض والثاني كالعصبة • فان اوصى لاخر بالالف ايضا ولم يهلك قسم الالف بين صاحب المائة والمفرد على احد عشر ولا شيء لبكر لانه اوصى له بما بقي بعد المائة ولم يبق • ولو اوصى بثلثه لزيد وبكر فلزيد منه مائة والثلث الف يوم الوصية وهلك نصفه لزيد مائة وما بقي لبكر لان الوصية بالثلث تتناول ماله يوم القسمة • ولو كان اوصى لسعد بثلثه ايضا وثلثه يوم القسمة الف فنصفه لسعد وما بقي لهما اعتبارا لان ثلثه لما كان يوم القسمة الف فالمائة عشرها • ولو قال لزيد من ثلثي مائة ولبكر ما بقي والمسئلة بحالها فلا شيء لبكر وهو بينهما على احد عشر • ولو قال اوصيت لفلان بما بقي من هذه الالف

وهو ثلثه

وهو ثلثه فكله له • فان اوصى بالف اخرى لاخر لا شيء للاول لانه لم يبق من الثلث شيء • ولو قال اوصيت لزيد وبكر بهذه الالف لزيد ستمائة ولبكر سبعمائة فهو بينهما على ثلاثة عشر لانه لبيان الضرب • ولو قال لزيد وبكر منه الف فالالف كله له فان اعاد الاخر فقال ولبكر منه الف فهو بينهما للعطف • ولو اوصى لرجل بالفين من ثلاثة الاف وهي تركته واجازت الورثة في مرضه وصية المورث ثم مات ولا مال له غير ما ترك ابوه فللموصى له الف بالوصية الاولى وثلثا الالف بالاجازة لانها وصية منه • فان اوصى الوارث مع الاجازة بثلث ماله لاخر فالالف للاول وثلثا الالف بينهما نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله لما عرف • وعندهما اخماسا لان حق احدهما في النصف وحق الاخر في الثلث • ولو كان وصية الميت للاول بالفين مطلقا والمسئلة بحالها اخذ الاول الفا بغير اجازة وثلثا الالف بينهما اخماسا بالاتفاق • لان الموصى له بالالف يرسل عند عدم الاجازة يضرب بجميع وصيته في الثلث بخلاف ما تقدم • لانه ثم اوصى للاب بالفين باعيانهما • وعند ابي حنيفة رحمه الله الوصية بما زاد على الثلث اذا تعلقت بالمعين لم يستحق الضرب لها فيكون الثلث بينهما نصفين فان اجازها في صحته واقر على ابيه بدين بدا بما بدا به لانها نفذت حين وجدت • ولو كانا معا او في المرض فالدين احق لانه اقوى فان اقر على ابيه بدين في مرضه وعلى نفسه ولا شيء له غير تركة ابيه بدي بتركة ابيه ان بدا ابوه • لانه تبين انه لا حق له في المال • وان اخره تحاصا لانه تعلق حق الاخر بماله فهو يريد ان يبين ان لا حق له في المال فلا يسمع • ولو ترك الفا واوصى لرجل بالف غير متعين ولاخر بالف غير متعين واجاز الوارث الوصيتين في الصحة معا استويا • ولو كان مرتبا والثلث لهما وما بقي للذي اجاز اول مرة • لان الاجازة كانت منه في الصحة فنفذت للاول ولم يبق المال • ولو كان له الف فاوصى به لزيد فمات واوصى وارثه به وبالف له اخرى لبكر ومات واجاز ورثتهما في مرضه ضرب زيد بتسع الالف وبكر بثلاثة اتساع الالف وثلث تسع الالف عنده وعندهما يضرب الاول باربعة اتساع الالف الاول والثاني باربعة اتساع الالف الاول وثلثي الالف الاخر بيانه ان ثلث الاول للموصى له الاول وللموصى له الثاني ثلث ما بقي منه • وثلث الالف الاخر فتحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث واقله تسعة فجعلنا كل الف تسعة فاخذ الاول ثلثه فيضم الباقي الى الالف الثاني فصار خمسة عشر ثلثه للموصى له الثاني وذلك خمسة سهمان من الالف الاول وثلاثة من الالف الثاني لان المالين كانا لهما فما يوجد منهما يكون من كل مال ثلثه فبقي عشرة اربعة من الاول وستة من الثاني فيقسم ثلث ذلك وهو ثلاثة وثلث على بقي من حقهما وقد كان حق الاول في الالف وهي تسعة اسهم وقد اخذ من ذلك ثلثه واستحق

من ذلك سهمين بالوصية الثانية فبقي حقه في اربعة • واما الموصى له الثاني فقد اوصى له بالالف
الثاني وذلك تسعة وقد اخذ من ذلك ثلثة اسهم وقد اوصى له بما فضل من الالف الاول
بعد ذلك ستة ووصل اليه سهمان فبقي من ذلك اربعة فذلك عشرة اسهم • فيقسم ثلث الثلث
العشرة الباقية بينهما على هذا يضرب الاول باربعة اتساع الالف الاول ويضرب الثاني
باربعة اتساع الاول وثلثي الاخر في قولهما • واما عند ابي حنيفة رحمه الله فان
ثلث العشرة يقسم على خمسة بينهما وثلث • يضرب الاول بتسع الالف والثاني بثلاثة اتساعه
وثلث تسعه • لان حق الاول بقي في اربعة لما بينا غير ان الثاني وجب له الحق في هذه
الاربعة ايضا لما بينا انه موصى له بما بقي من الالف الاول وهو ستة • وقد اخذ سهمين
والقسمة نزاعية عنده في مثل هذا فاعتبرت الاربعة من الالف الاول وستة من الالف
الثاني الا ان حقه في الاربعة عاد الى سهمين للمزاحمة فيبقى حقه في ثمانية وهو لا يستحق الضرب
باكثر من ثلث المال المجرّ عنده وذلك ثلثة وثلث • لان ماله عشرة اسهم الف وتسع
الف فيضرب الثاني بثلث ذلك ثلثة وثلث فيقسم ثلث العشرة بينهما على هذا •
وان اوصى لرجل بعبد وهو ثلث ماله فقطعت يده خطاء بعد موته قبل قبوله ثم
قتل بعد موت العبد او قبله فله ارشه في ماله لو لم يمت او قيمته على عاقلته ان مات
لان التمليك تم من جهة الموصي فيثبت عنه قبوله مستندا ثم العاقلة تتحمل بدل
نفس العبد لا بدل يده • لان طرف العبد مال وضمان المال لا يكون على العاقلة • وكذا
ان لم يخرج من الثلث واحد وان لم يجز فسمة القيمة بين الموصى له والورثة اثلاثا
ثلثاها للورثة وثلثها للموصى له لقيام القيمة مقام العبد • ولو كان العبد قايما لكان
اثلاثا بينهم فكذا القيمة • ولو قطعت يد العبد في حياة الموصي فمات الموصي
ثم مات العبد فارش اليد للورثة لان الملك للموصى له يثبت عند الموت • ولا يظهر
في اليد المنفصلة في حياة الموصي وقيمته مقطوعا للموصى له ان خرج من الثلث او اجاز
او قبل بعد موته • لان الملك يثبت بالقبول من حين الموت والقيمة قايمة مقامه
وان لم يقبل فالقيمة للورثة • وان اوصى بعتق عبده من ثلث ماله واشترى الوصي
عبدا بثلثمائة وهو الثلث فاعتق ثم ظهر على الميت دين ستمائة ضمن الوصي وعتق
عن الوصي • لانه ظهر انه مامور بالشراء بمائة وقد خالف امر الميت فصار مشتريا
لنفسه • ولو فعله القاضي او امينه لا يعتق ولا يضمن لانه يتصرف بحكم النظر والشراء
من المصلحة فينفذ على الميت ولا ينفذ على الاعتاق لعدم الامر والولاية • وان اوصى
بثلثه لفلان بان ينفق عليه كل شهر او يحج عنه كل سنة بكذا او يعتق عنه كل سنة
رقبة عجل • وان اوصى بان ينفق على بكر كل شهر بكذا ما عاش واوصى لاخر بثلث ماله
واجيز يقسم على ستة اسهم • سهم للموصى له بالثلث ويوقف خمسة تنفق عليه كل
شهر ما عاش عند ابي حنيفة رحمه الله • لان الاول كالموصى له بكل المال فيكون له

الثلثان

الثلثان بالامنازعة وبقي الثلث بينهما • وان لم يجيزوا قسم الثلث بينهما نصفين عنده
عنده لان الوصية متى وقعت باكثر من الثلث رد الى الثلث عنده لانه المحل • وعندهما
ان اجازوا يقسم على اربعة وان لا قسم الثلث على اربعة لما عرف • فان مات بكر كمل
ثلثه زيد لان النقصان بالمزاحمة وقد زالت المزاحمة • وان اوصى لاثنين بان ينفق عليهما
كل شهر عشرة ما عاش بلفظ واحد او زاد فقال على فلان خمسة وعلى فلان خمسة
وبثلثه لزيد فهما كواحد فيقسم عند الاجازة على ستة عنده وعلى اربعة عندهما
وعند عدم الاجازة اثلاثا عندهما ونصفين عنده • لان الوصية واحدة لا تختلف
باختلاف عدد الموصى له • ولو كرر لفظ الوصية فكل موصى له بكله وقسم على تسعة
في الكل وعلى ثلثة في الثلث • اي لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي واوصيت لفلان
بان ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر ما عاش واوصيت لفلان بان ينفق عليه خمسة دراهم
ما عاش فان اجازت الورثة قسم المال على تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله للموصى له بالثلث
سهم ولكل واحد من الاخرين اربعة • لان ما زاد على الثلث سلم لصاحب النفقة • لان
كل واحد منهما بمنزلة الموصى له بكل المال فبقي الثلث فكل واحد يستحقه بانفراده فيقسم
اثلاثا • واذا اصاب الكل تسعة فستة للموصى لهما بالنفقة بلا منازعة وثلثة بينهم وعندهما
يقسم بطريق العول فصاحب الثلث يضرب بثلث المال وهو سهم • وكل واحد من
صاحبي النفقة يضرب بالمال كله وذلك ثلثة فيصير سبعة • وان اوصى بعبد لانسان
وقيمته الف وعليه الفان فبيع العبد بالفين وقبض الغريم وخرج دين الموصي اخذ
الموصى له الفين • لان الدين مقتضي من ثمن عبد مملوك له • وان اوصى باحد عبديه
لرجل وله ابنان فالبيان اليهما ولا ينفرد احدهما بالبيان لانه لما مات بلا بيان انتقل
الخيار الى الوارثين فيما يحتاج الى الرأي وهو تعيين الملك فلا ينفرد به احدهما كما
في الوكيلين • ولو حرر هما الموصى له عتق ما عيناه • لان احدهما ملكه بيقين
فاذا اعتقهما فقد اعتق ما هو ملكه وما هو ملك غيره فيصح اعتاقه فيما هو ملكه
ولم يصح فيما هو ملك غيره • ولو اعتق احدهما بعينه ثم عيناه لا يعتق لان ملكه
في غير المعين • ولو اوصى بعتق احدهما صح والتعيين عليهما • فان قال احدهما
اعتقت هذا عن الميت وقال الاخر الاخر مثله فالاول عتق عن المعتق والثاني عن الميت
لانه تعذر تنفيذ الاول عليه لعدم تفرده بالتعيين فيتقدم عليه ويتعين الاخر
للوصية ضرورة • ولو خرج الكلام منهما معا اجبرا على التعيين فان عينا احدهما
عن الميت عتق الاخر عن معتقه فان عينا احدهما الميت لم يعمل كما نقض التعيين
حتى لغى جعا وعينا اخر لا يصح كما لو عين الميت • فان حرر احدهما او وصية بعد
تعيينه نفذ عن الميت • لان الاجماع انما يعتبر للتعيين دون المباشرة • ولو اعتق
الوصي احدهما بعينه ثم عينا ذلك عن الميت لا ينفذ اعتاقه لانه وقع لغوا • وملك

الوصي تنجيز العتق لا تعليقه لأنه يتصرف بحكم الأمر وقد أمر بالتنجيز. وملكهما وارثه
وإن لم يملكه لأن ولاية المباشرة ما صارت بالتفويض بل بحكم الوراثة فهي
إن لم تفد الملك لمكان الوصية لكن له التصرف على الوجه الذي ينفذ لولا الوصية
رجل زوج بنته من عبده ثم أوصى به لرجل ومات لا يفسد نكاحها لأنها ما ملكت
شيئا من رقبة زوجها ولو أوصى بعتقه لا يفسد خرج من الثلث أو لا. لأن معتق
البعض لا يورث. فإن قتل قبل الإعتاق فقد ترك الميت بنتا وعما وجبت القيمة
لهما وبطلت الوصية لفوات محلها. ولا يفسد النكاح لأنه بعد الموت لم يبق
الملك فينتقل العبد إلى ملك الوارث فلا يفسد النكاح. وكذا إن طالبته بمهرها
فبيع فيه وفي ثمنه وفاء أو فضل لا يفسد نكاحها لأنها ملكت الثمن لا العبد
وإن كان على الميت دين محيط برقبته لم يفسد النكاح لامتناع الثبوت للورثة
لكونه مشغولا بحاجة الميت. ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته
عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك
ثلث سائر أمواله. ومن ملك نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك
ثلث سائر أمواله لأنه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة. وعندهما
يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فإن فضل شيء دفع إليه وهو فرع تجزي الإعتاق
ولو أوصى بخدمة أمته له أو صدقتها عليه أو ببيعها وتصدق ثمنها على الفقراء سرى
إليه لما المدفوع بالجناية عليها وأرشها وولدها كولد الأضحية. بخلاف ولد
الزكوة فإنه إذا كان النصاب أمة فحال الحول ثم ولدت لا يسري حق
الزكوة إلى الولد. ولو أوصى بأن تكاتب أمته بعد موته أو تعتق على مال أو تباع
من فلان أو تباع من نفسها فهذه الوصايا لا تسري إلى ولدها وأرشها والعبد
المدفوع بالجناية عليهما. والأصل أن كل حق ثبت في المحل في عينه وماليته سرى
إلى ولده وأرش طرفه والعبد المدفوع بالجناية عليه وإن ثبت في عينه لا ماليته
لا يسري إلى ما ذكرنا ففي الفصل الأول نزل الحق في ماليتها. وفي الفصل الثاني لم
ينزل في ماليتها. ألا ترى أنه لا يثبت في قيمتها إذا قتلت ولو أوصى بأن تباع من
فلان بكذا فقطعت يدها فإنها تباع من فلان بنصف المال إن شاء. لأن الغائب
نصفه وقد صار مقصودا بالقطع. وإن أوصى ببيع عبده من زيد وهو قيمته وأوصى
لبكر برقبته ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الوصية بالرقبة فلا يعتبر إجازتهم
الوصية بالبيع لأنه لا محاباة فيه. فلبكر نصف سدسه عنده وسدسه عندهما
ويباع ما بقي منه بحصته ولا تكمل وصيته من ثمنه. بيانه إذا لم يجيزوا بطلت الوصية
بالرقبة فيما زاد على الثلث ضربا واستحقاقا عنده. فبقيت الوصية بالرقبة وصيته بالثلث
والوصية بالبيع وصية بالكل. فيضرب الموصى له بالرقبة في الثلث بالثلث والموصى له

بالبيع

بالبيع يضرب في الثلث بالكل. فصار الثلث بينهما على أربعة أسهم سهم للموصى له بالرقبة
وهو ربع الثلث وهو جزء من اثنا عشر جزءا من العبد. ويباع الباقي وهو أحد عشر جزءا
من اثنا عشر جزءا من العبد من الموصى له بالبيع بأحد عشر جزءا من اثنا عشر جزءا من الألف.
وعندهما بطلت الوصية بالرقبة فيما زاد على الثلث استحقاقا لا ضربا. فبقيت الوصية
بكل الرقبة في حق الضرب. فيضرب كل واحد في الثلث بالكل فصار الثلث سهمين
وجميع الرقبة ستة يعطى للموصى له بالرقبة نصف الثلث سهم من ستة وهو سدس
العبد. ويباع ما بقي وهو خمسة أسداس العبد من الموصى له بالبيع بخمسة أسداس الألف.
ولا تكمل وصية الموصى له بالرقبة إلى تمام الثلث من الثمن وذلك سدس ونصف سدس
عند أبي حنيفة وسدس عندهما. لأن الوصية في ذلك بطلت في العين باستحقاق
الموصي بالبيع ومتى بطلت في العين باستحقاق لا تتحول إلى البدل وقت البيع بخلاف
العبد الموصى به إذا قتل خطأ. لأن هناك لم يوجد ما يبطل الوصية فبقيت الوصية
وقت القتل فتتحول إلى القيمة لفوات المحل إلى خلف وهو القيمة. وكذا العبد
الموصى به إذا لحقه دين وبيع بحق الغرماء ثم أبرأ الغرماء عن ديونهم كان الثمن للموصى له
لأن بلحوق الدين لم تبطل وصية الموصى له في الرقبة لأنه لم يتعين لقضاء الدين
لاحتمال أن يتبرع متبرع بقضاء الدين أو يحدث له مال آخر. ولكن حق الغرماء متقدم
على الوصية. فإذا زال الغرماء بالإبراء وحق الموصى له قائم يتحول إلى الثمن. وهنا بخلافه
وهذا إذا لم تجز الورثة. فإن أجازوا الوصية بالرقبة ورضي زيد صاحب البيع بإجازتهم
الوصية بالرقبة فللموصى له بالرقبة نصف العبد ويباع نصفه الآخر من الموصى له بالبيع
بنصف الثمن. وإذا بيع بالنصف كان الثمن للورثة وإن لم يرض فصار هذا وإن لم تجز
الورثة سواء. وإن كان مكان الوصية بالرقبة وصية بكل المال ولم تجز الورثة وقد
أوصى بأن يباع عبده من فلان بألف وقيمته ولا مال له غيره فعنده له نصف سدسه
ويبيع ما بقي منه بأحد عشر جزءا من الألف وتكمل وصية الموصى له بالمال إلى تمام الثلث من الثمن
وذلك سدس ونصف سدس. وعن محمد رحمه الله يعطى الموصى له بالمال سدس
العبد ويباع خمسة أسداس العبد بخمسة أسداس الألف. وتكمل وصية الموصى له بالمال
إلى تمام الثلث من الثمن وهو السدس لأن الوصية هنا حصلت بالمال واسم المال كما
يتناول الرقبة يتناول الثمن بخلاف ما تقدم. لأن اسم الرقبة يتناول العبد ولا يتناول
الثمن فافترقا. وعند أبي يوسف رحمه الله لا يعطى من عين العبد الموصى له شيء بل
يباع كل العبد من الموصى له بالبيع ثم يعطى ثلث الثمن للموصى له بالمال إن لم تجز الورثة
وإن أجازوا يعطى له كل الثمن. لأن الموصى له شريك الورثة ثم حق الورثة لا يمنع تنفيذ
الوصية بالبيع بمثل القيمة فكذا حق الموصى له بالمال. ولهما أن العبد والثمن من المال
وقد أوصى بكل المال فتنفذ وصيته فيهما ولا تبطل في أحدهما. وإن أجازت الورثة وصيته

الموصى له بالمال ولم يرض الموصى له بالبيع باجازتهم للموصى له بالمال نصف سدس العبد
وثمن ما بقي • وعند محمد رحمه الله سدس العبد وثمن ما بقي • وعند ابي يوسف رحمه الله
يباع وله ثمنه • وان رضي يباع نصفه لاستوائهما في الضرب ويعطى ثمن النصف ونصف
العبد للموصى له بالمال • وان كان مكان الوصية بكل المال وصيته بثلث المال
والمسئلة بحالها ولم تجز الورثة فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعطى للموصى له بالثلث
نصف سدس العبد ويباع ما بقي ويكمل ثلثه • اما عند ابي حنيفة رحمه الله
فلما مر • واما عند محمد رحمه الله فلانه انما خالف ابا حنيفة رحمه الله فيما اذا كانت
الوصية باكثر من الثلث حيث قال يضرب بجميع وصيته • اما اذا كانت وصيته
بقدر الثلث فلا يضرب باكثر من الثلث فكان جوابه كجواب ابي حنيفة رحمه الله
وعند ابي يوسف رحمه الله يباع كل العبد من الموصى له بالبيع ويصرف
ثلث الثمن الى صاحب الثلث • وكذا ان اجازت الورثة ولم يرض صاحب البيع
باجازتهم فربعه لصاحب الثلث ويباع ثلثة ارباعه ويكمل وصيته الى تمام
الثلث من الثمن • وان اوصى بان يباع من فلان بمائة وقيمته الف واوصى برقبته
لاخر ولم تجز الورثة فعند ابي حنيفة رحمه الله له نصف سدسه وعندهما
سدسه ويباع ما بقي بثلثي قيمته ويسلم للورثة • وان كان مكان الوصية
بالرقبة وصيته بكل المال والمسئلة بحالها فله نصف سدسه ويباع باقيه بما بقي
من وصيته ويبلغ قيمته ويكمل من الثمن وصيته والفضل للورثة • وعند
محمد رحمه الله له ثلثة اسداسه ويباع ما بقي بما بقي من حقه ويلحق الورثة وعند
ابي يوسف رحمه الله يباع بحقه ويحق الورثة • ولو كان مكان الوصية
بكل المال وصيته بالثلث فجملة ما مر عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله معه هنا
وان اوصى لفلان بما عليه من دينه ولاخر بما بقي من ثلثه بعد الدين او اوصى لاخر
بتمام الثلث • فقال الورثة بعد موت الموصي دينه على الغريم الف وعينه الفان
ولم يبق من الثلث بعد الوصية بالدين شيء وصدقهم الغريم او كذبهم وقال
الموصى له دينه خمسمائة فكان ثلث المال ثمانمائة وثلاثة وثلاثين وثلثا فخمسمائة
منه وصية للغريم والباقي وهو ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وصية لي من المال
العين والقول للورثة • لان حق الموصى له لم يعرف ثبوته اذا لم يعلم محل حقه وهو
الباقي من الثلث بعد الدين فكانوا منكرين ثبوت الحق للموصى له • ولو اوصى للغريم
بما عليه من الدين وهو مفلس واوصى لاخر بالف فقال الموصى له بالالف الدين خمسمائة
وقالت الورثة الدين الف ولم يبق من الثلث شيء فالقول للموصى له • لان حق الموصى له
ثابت في التركة • لان محل وصيته معلوم والورثة يدعون بطلان حقه
في قدر المائة فالموصى له بنكر فالموصى له يقول حقي في الف وحق الغرماء في خمسمائة

وثلث المال ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فيكون بيننا اثلاثا ثلثه للغريم وقد صار مستوفيا له
وثلثا الثلث لي وقد توى ذلك على الغريم لكونه مفلسا فيكون التوى علي وعلى الورثة
وذلك بان يقسم المال العين بيني وبين الورثة بقدر سهامنا وحقي في ثلثي الثلث وذلك
سهمان من تسعة وحق الورثة في الثلثين وذلك ستة من تسعة فبلغ السهام ثمانية
فيقسم الالفان على ثمانية • فان ابتدا الغريم وصدق الورثة تعوملي في حق الورثة كان
الدين الف حتى يدفع الغريم الى الورثة خمسمائة فيسلم لهم الفان • وعومل في حق الموصى له
بالالف كان الدين خمسمائة حتى يدفع الغريم الى الموصى له خمسة وخمسين وخمسة اتساع درهم
ويسلم للغريم ثمانية وانه بعده وانه بعض فانه بعده اتساع درهم مسلم وكان ينفذ
الوصيتين في الف ويسلم للورثة الفان • ولو اوصى له بما عليه ولاخر بثلث ماله والمسئلة
بحالها فالقول للموصى له لانه عرف ثبوت حقه لان محل وصيته معلوم • ولو اوصى
للغريم بالثلث فادعى ان الدين مائة وقالت الورثة لا بل الف ولا شيء لك من العين فالقول
للموصى له لما مر • مريض اعتق عبدا واوصى بما بقي من ثلثه بعد العتق ثم مات وترك العين
ثم مات العبد المعتق واختلفوا في قيمته فقال الموصى له كانت قيمته خمسمائة ولي
تمام الثلث من العين وقالت الورثة لا بل قيمته الف ولا شيء لك من المال العين فالقول
قول الورثة لما مر والبينة بينتهم لانها تثبت زيادة في القيمة • وان كانت
الوصية الثانية بثلث المال والمسئلة بحالها فالقول للموصى له • مريض اعتق عبدين
وترك الفا ومات احدهما فادعى الحي وقيمته الف ان قيمة الميت خمسمائة فادعت الورثة
ان قيمة الميت الف فالقول للحي • مريض قال قيمة عبدي هذا خمسمائة وقد اعتقته
واوصى لاخر بما بقي من الثلث ثم اختلفوا على الوجه الذي قلنا فالقول للورثة ولا شيء للموصى له
بالباقي فلم يعتبر قول المريض في بيان القيمة • لانها تعرف بقول اهل النظر لا بقوله
بخلاف ما لو قال لي على فلان خمسمائة فقد اوصيت له بما لي عليه واوصى لاخر بما بقي
من الثلث • فانه يعتبر قول المريض في بيان قدر الدين لانه الذي يختص بعلمه بخلاف
القيمة • ويستوي الجواب بين ما اذا قدم الوصية بالدين واخر ووصل او فصل في الفصول
كلها • لان الوصية ايجاب عند الموت فاستوى التقديم والتاخير • ولو اوصى لرجل
بمثل نصيب احد بنيه الا ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فمات وترك ثلاثة
بنين فله تسعة ولكل ابن عشرة • واعلم ان التخريج جنس المسايل طرق فانا
ولنقتصر على طريقة واحدة تنقاد باعراض الاسهاب ولنختر طريقة الكتاب تبركا
بما اختاره محمد رحمه الله حتى سمت العامة طريقة الجبر لان محمدا رحمه الله حسابه
كسه واتباعا المتقدمين من اصحابنا رحمهم الله تعالى فانهم اختاروا هذه الطريقة لانه
اليق بكلام الفقهاء • ووجهه ان ياخذ عدد البنين وهو ثلثة ويزيد عليه واحدا لمكان
الوصية • لانه اوصى بمثل نصيب احدهم ثم يزيد عليه واحدا لاجل الاستثناء فصار ثلثة عشر

وهو ثلث المال وكل المال تسعة وثلاثون • وإذا أردت أن تعرف النصيب فخذ
النصيب وهو واحد وهو الذي يزاد في الابتداء على عدد البنين واضربه في مخرج
كسر الوصية وهو ثلاثة فيكون ثلاثة ثم اضربه في مخرج كسر الاستثناء وهو ثلاثة كما
إذا ضربت ثلث المال فيصير تسعة ثم يزاد على التسعة واحدا كما زدت على الثلث
فصار عشرة فهو النصيب • فإذا ظهر المال وظهر النصيب عشرة يبقى من الثلث ثلاثة
فاستثن من النصيب مقدار ثلث الثلاثة التي بقيت من الثلث وذلك واحد فصار الباقي
من الثلث أربعة وضمها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فصار ثلاثين فيقسم بين
البنين الثلاثة فصار نصيب كل ابن عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء • ولو قال
بعد الوصية فللموصى له ستة من سبعة وعشرين سهما ولكل ابن سبعة • لأنك تأخذ
عدد البنين ثلاثة تزيد عليه واحدا لقوله بمثل نصيب أحدهم فتصير أربعة وتضربها
في اثنين فتصير ثمانية • وإنما ضربنا الأربعة هنا في سهمين وفي الفصل الأول ضربنا
الأربعة في ثلاثة • لأنه في الفصل الأول استثنى ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب والنصيب
عبارة عن المدفوع بالوصية قبل الاسترجاع • فإذا كان المسترجع ثلث ما يبقى بعد النصيب
لابد أن يكون الباقي بعد النصيب قبل الاسترجاع عددا له ثلث صحيح يمكن استرجاع
قدر ثلثه من النصيب وأقل عدد له ثلث صحيح ثلاثة فجعلنا بقية الثلث ثلاثة • وهنا
جعل المستثنى قدر ثلث ما يبقى بعد الوصية الحاصلة والوصية الحاصلة ما سلم للموصى له
بعد الاسترجاع • ومن ضرورته أن لا يكون بقية الثلث قبل الاسترجاع ثلاثة • بل
من ضرورته أن يكون بقية الثلث قبل الاسترجاع اثنين وذلك مع المسترجع ثلاثة
إذ لو كان بقية الثلث قبل الاسترجاع ثلاثة ويصير ذلك مع المسترجع أربعة
يكون المسترجع بعد الوصية الحاصلة قدر ربعه لا قدر ثلثه • فلهذا ضربنا
الأربعة هنا في سهمين فصار ثمانية فزد عليها واحدا كما زدت ثم فيكون تسعة
فهذا ثلث المال • وإذا صار ثلث المال تسعة كان المال سبعة وعشرين • فإذا
أردت أن تعرف النصيب فخذ واحدا وهو الذي يزاد على عدد البنين فاضربه
في مخرج الوصية وهو ثلاثة ثم اضربه في مخرج كسر الاستثناء وذلك اثنان فصارت
ستة ثم زد عليه واحدا كما زدت ثم فصار سبعة فهذا هو النصيب ثم خذ
ثلث المال تسعة وأعط بالنصيب سبعة فيبقى معنا من الثلث سهمان ثم استرجعنا
من النصيب قدر نصف ما بقي وذلك واحد فصار معنا من الثلث ثلاثة ضممناها
إلى ثلثي المال ثمانية عشر فصار أحدا وعشرين فقسمنا بين البنين فصار لكل ابن سبعة
مثل ما أعطينا للموصى له بالنصيب سبعة قبل الاستثناء • والمطلق كالأول أي إذا أوصى
بمثل نصيب أحد البنين إلا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه • قال عامة الحساب
من أصحاب أبي حنيفة كأبي يوسف والحسن وغيرهما رحمهم الله الجواب فيه

كالجواب

كالجواب في الفصل الأول • وعند محمد رحمه الله الجواب فيه كالجواب في الفصل
الثاني • فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تكثر الوصية وتقل الاستثناء • وعلى قول
محمد رحمه الله يقل الثاني • فعلى قول أبي يوسف رحمه الله تكثر الوصية وتكثر الاستثناء
وهذا لأن التفاوت بين الفصلين الأول والثاني من زيادة ثلث سهم للموصى له
لأنه يحصل تسعة من ثلاثة عشر من ثلث المال في الفصل الأول وستة من تسعة
من ثلث المال في الفصل الثاني وستة ثلثا الثلث وثلثا ثلاثة عشر ثمانية وثلثان فبقي
التفاوت بزيادة ثلث سهم • والفصل الثالث لما كان مطلقا احتمل الأول واحتمل
الثاني فقد وقع التردد في هذه الزيادة أنها للموصى له أو للوارث فمحمد رحمه الله
يقول هي للوارث لأن سبب الوراثة ثابت بيقين ووقع الشك في الزوال لوقوع
الشك في الدخول تحت الوصية فلا يزول بالشك • وأبو يوسف رحمه الله يقول ما هي
للموصى له • لأن الوصية تناولتها بيقين • لأنها تناولت كل النصيب ووقع الشك
في الخروج بالاستثناء فلا تخرج بالشك ونظيره ما لو قال علي لفلان ألف إلا مائة
أو خمسين فعند العامة المستثنى خمسون فيلزمه تسعمائة وخمسون • وعند محمد
رحمه الله المستثنى مائة فيلزمه تسعمائة • فإذا كان هذا على قول أبي يوسف رحمه الله
بمنزلة قوله بعد النصيب فطريقه ما بيناه فيه • ولو قال إلا ربع ما يبقى من الثلث
والمسألة بحالها فهذا لا يخلو إما أن يقول بعد النصيب أو بعد الوصية أو يبهم
ففي الوجه الأول والثالث له اثنا عشر • ولكل ابن ثلاثة عشر • وفي الثاني له تسعة
ولكل ابن عشرة • بيان الأول أنك تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليها الواحد لمكان
الوصية واحدا فصار أربعة • ثم تضربها في مخرج كسر الاستثناء وهو أربعة
لأنه قال إلا ربع ما يبقى فصارت ستة عشر ثم تزيد عليه واحدا لحاجتنا إلى
رفعه بالاستثناء فصار سبعة عشر وهو ثلث المال • وإذا أردت أن تعرف
النصيب فخذ واحدا الذي زدته على عدد البنين فاضربه في أربعة مخرج الاستثناء
ثم اضرب الأربعة في ثلاثة وهو مخرج ثلثا المال فصار اثنا عشر ثم زد عليه واحدا
كما زدت على الثلث فصار ثلاثة عشر فهذا هو النصيب الكامل فبقي من الثلث
أربعة فليسترجع من النصيب مثل ربع ما بقي فصار معنا من باقي الثلث خمسة
فضممناها إلى ثلثي المال أربعة وثلاثين فصار تسعة وثلاثين فإذا قسمناها بين
البنين أصاب كل ابن ثلاثة عشر مثل ما أعطينا بالنصيب ثلاثة عشر قبل الاستثناء
والفصل الثالث نظير الأول عند العامة ونظير الثاني عند محمد رحمه الله • وتخريج
الثاني أنك تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليه واحدا لمكان الوصية فصار أربعة
ثم تضرب الأربعة في ثلاثة فصار اثنا عشر ثم تزيد عليه واحدا لأجل الاستثناء • فصار
ثلاثة عشر فهو ثلث المال • وإن أردت أن تعرف النصيب فخذ واحدا النصيب

واضربه في ثلاثة ثم اضرب الثلاثة في الثلاثة لأن الوصايا تنفذ من الثلث فصار تسعة
ثم زد عليه واحدا كما زدت في الثلث فصار عشرة فهو النصيب ثم خذ ثلث
المال ثلاثة عشر وادفع النصيب عشرة ثم استثن منها مثل ما معنا وهو سهم فصار
معنا أربعة ثم نضمها إلى ثلثي المال ستة وعشرين • فصار الكل ثلاثين بين
ثلاثة بنين لكل ابن عشرة كما أعطيت بالنصيب عشرة • ولو قال إلا خمس
ما يبقى من الثلث أو إلا سدس ما يبقى من الثلث فهو على هذه الوجوه الثلاثة وتخرجها
ما مر • ولو مات وترك خمسة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث
وربع ما يبقى من الثلث ففي الفصل الأول له اثنان وعشرون ولكل ابن ثلاثة
وأربعون • بيانه أنك تأخذ عدد البنين خمسة وتزيد عليها واحدا لمكان
الوصية فصار ستة ثم تضرب ستة في مخرج الثلث والربع وهو اثنا عشر فصار
اثنين وسبعين ثم زد ثلث اثني عشر وربعه وهو سبعة فصار تسعة وسبعين
فهو ثلثا المال • وثلثه نصفه وهو مائة وثمانية وخمسون والكل مائتان وسبعة
وثلاثون • وإذا أردت أن تعرف النصيب فخذ واحدا وهو الذي زدته على عدد
البنين فاضربه في اثني عشر كما ضربت ثم اضرب اثني عشر في ثلاثة • كما
ضربت ثم صار ستة وثلاثين ثم زد عليه ثلث وربع اثني عشر وذلك سبعة
كما زدت ثم فصار ثلاثة وأربعين فهو النصيب الكامل ثم • وخذ ثلث المال
تسعة وسبعين وأعطه بالنصيب ثلاثة وأربعين يبقى من الثلث ستة وثلاثون
فاسترجع من النصيب بالاستثناء مثل ثلث ما بقي وذلك اثنا عشر • ومثل
ربعه أيضا وذلك تسعة فصار المسترجع أحدا وعشرين • فضم هذا مع
بقية الثلث إلى ثلثي المال وهو مائة وثمانية وخمسون فصار مائتين وخمسة عشر
فقسمنا بين خمسة بنين لكل ابن ثلاثة وأربعون مثل ما أعطينا بالنصيب
ثلاثة وأربعين قبل الاستثناء والثالث كالأول عند العامة • وفي الفصل الثاني
له سهم من مائة وأحد عشر سهما ولكل ابن اثنان وعشرون لأنك تأخذ عدد
البنين خمسة وتزيد عليها واحدا لمكان الوصية فصار ستة ثم تضربها في عدد لو
ضم إليه الاستثناء يكون المستثنى مثل ثلثه وربعه وذلك خمسة • لأنك إذا ضممت
سبعة إلى خمسة صار اثنا عشر فالسبعة التي ضممت إليه تكون ثلث اثني عشر وربعه
فضربنا ستة في خمسة فصار ثلاثين عليه الثلث والربع الذي هو مخرج الاستثناء
وذلك سبعة فصار سبعة وثلاثين فهذا ثلث المال • وثلثا المال مثلاه وهو أربعة
وسبعون وجميع المال مائة وأحد عشر • وإذا أردت أن تعرف النصيب فخذ واحدا
واضربه في خمسة كما ضربت ثلث المال فصار خمسة • ثم اضرب الخمسة في ثلاثة
فصار خمسة عشر ثم زد عليها الثلث والربع سبعة فصار اثنين وعشرين • فهو النصيب

الكامل

الكامل أعطينا بالوصية اثنين وعشرين يبقى من الثلث خمسة عشر فيسترجع بالاستثناء
لكل خمسة سبعة حتى يكون المستثنى ثلث الجملة وربعه • فإذا استرجعنا ثلاث مرات
سبعة كان المسترجع أحدا وعشرين فيضم إلى الخمسة عشر فصار ستة وثلاثين
ثم يضم ذلك إلى ثلثي المال وهو أربعة وسبعون فصار الكل مائة وعشرة بين البنين
لكل ابن اثنان وعشرون مثل ما كان الموصى له قبل الاستثناء وسلم للموصى له سهم
من مائة وأحد عشر سهما والثالث كالثاني عند محمد رحمه الله الماهر • ولو أوصى بمثل
نصيب ابنه إلا نصيب ابن آخر وإلا مثل ابن آخر وإلا نصيب ابن آخر لو كان •
إلا مثل نصيب آخر لو كان • وترك ابنا فللموصى له ثلث المال وللابن الثلثان • لأنك
تجعل المال بينهما لأن للابن واحد تزيد عليه سهما لأجل الوصية فصار سهمين
صار نصف للموصى له سهم بين ضرورة أنه مثله • فبان أن نصيب ابن آخر سهم لو كان
فيطرح هذا السهم الذي جعل نصيب ابن آخر فبقي المال ثلاثة أسهم • للموصى له سهمان
وللابن سهم ثم تسترجع بالاستثناء من نصيب الموصى له مثل نصيب ابن آخر
وهو سهم فبقي للموصى سهم من ثلاثة أسهم وللابن سهمان • ولو أوصى بمثل نصيبه
إلا نصيب ابن ثالث لو كان والمسألة بحالها فللموصى له خمسا المال إن أجاز الورثة
وإلا فله الثلث • وبيانه أنك تجعل المال سهمين لأن للابن واحد وتزيد عليه
لأجل الوصية سهما ثم تجعل نصيب الابن ثلاثة لحاجتنا إلى معرفة نصيب ابن
ثالث وصار نصيب الموصى له ثلاثة أيضا لأنه مثله ثم تطرح من نصيب الابن
سهما فبقي المال خمسة ثم تسترد من الموصى له سهما وتضمه إلى ما في يد الابن فيبقى في
يده سهمان وهو خمسا المال وللابن ثلاثة أسهم • ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل
بمثل نصيب ثلاثة إلا نصيب أحدهم فللموصى له خمسان وللبنين ثلاثة • لأنك تجعل
المال ثلاثة أسهم لأن البنين ثلاثة وتزيد عليها ثلاثة لأنه أوصى بمثل نصيبهم فصار
المال ستة لكل ابن سهم وللموصى له ثلاثة • ثم اطرح نصيب أحدهم وهو سهم
فصار المال خمسة أسهم للموصى له ثلاثة وللورثة سهمان • ثم استثن من نصيب الموصى له
سهما فصار للورثة ثلاثة أسهم وللموصى له خمسان وإن ترك ابنين وأوصى لرجل
بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ابن ثالث فللموصى له سهم من تسعة ولكل ابن
ثلاثة لأنك تأخذ نصيب الابنين سهمين وتزيد عليه الوصية فصار المال ثلاثة
أسهم سهم للموصى له وسهمين للابنين • ثم اقسم نصيب الابنين على ثلاثة ليتبين
نصيب الابن الثالث وقسمة الاثنين على ثلاثة لا تستقيم فاضرب اثنين في ثلاثة
فصارت ستة • واضرب نصيب الموصى له وهو واحد في ثلاثة أيضا فصار الكل
تسعة ثم اطرح نصيب الثالث وهو سهمان من ستة فبقي المال سبعة للموصى له ثلاثة
وللورثة أربعة • ثم استرجع من الموصى له سهمين نصيب ابن ثالث فصار للابنين

ستة

وللموصى له سهم • ولو ترك ابنا وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابنه
صحت الوصية وبطل الاستثناء • لأنه استثنى عين ما تكلم به فكان استثناء الكل
من الكل • وإذا صحت الوصية فللموصى له نصف المال وهو مثل نصيب الابن
إن أجاز الوارث وإن لم يجز فله الثلث • وهو كمن أوصى بماله إلا ماله • أو قال
لفلان علي ألف إلا ألفا • أو قال نسائي طوالق إلا نسائي أو عبيدي أحرار إلا
عبيدي صح الإيجاب وبطل الاستثناء كذا هنا • وإن أوصى لرجل بمثل سهم
أحد بنيه وهم ثلاثة وبثلث ماله لآخر ولم تجز الورثة فلصاحب الثلث ثلثا
الثلث وثلثه للآخر عند أبي يوسف رحمه الله • وعند محمد رحمه الله الثلث
بينهما على خمسة لصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب النصيب سهمان • وإن أجازوا
فالفريضة من ستة لصاحب الثلث اثنان وللموصى له بمثل نصيب أحدهم
واحد ولكل ابن سهم • لأنهم لما أجازوا وجب تنفيذ الكل فالثلث سهمان
من ستة ونصيب أحدهم واحد من ثلاثة • فإذا زيد على ثلاثة صار واحدا من أربعة
فصار على ما قلنا • ثم قال أبو يوسف رحمه الله لما كان الإجازة لصاحب الثلث
سهمان وللآخر سهم فعند عدمها في الثلث كذلك • وقال محمد رحمه الله
لصاحب الثلث مع البنين الثلث والباقي بين البنين أثلاثا وذلك يخرج من تسعة
له ثلاثة ولكل واحد من البنين سهمان وصاحب النصيب له كنصيب أحدهم
وهو سهمان • فإذا كان لذلك سهمان ولهذا ثلاثة فإذا اجتمع حقهما في الثلث
كان أخماسا • وإن ترك ابنا واحدا وأوصى لرجل بنصف ماله إلا مثل نصيب ابنه
بطلت الوصية وصح الاستثناء • أما صحة الاستثناء فلأنه استثنى غير ما تكلم
به وله وجه الصحة • لأن الوصية إيجاب عند الموت وربما يحدث له بنون فيصير
نصيب هذا الابن خمس المال أو عشره فيصير أقل من الوصية فيصح الاستثناء
وأما بطلان الوصية فلأنه لما صح الاستثناء وخرج المستثنى وهو نصيب الابن من الإيجاب
فإذا مات وليس له إلا ابن واحد ولم يبق من وراء نصيب الابن شيء فبطلت الوصية
ضرورة وهو كمن أوصى بماله إلا ألفا وهو ماله • أو طلق نساءه إلا زهرة وعزة وبرة
وليس له غيرهن • أو قال عبيدي أحرار إلا سالما ومرزوقا ومباركا وليس له غيرهم
فإن الاستثناء يصح ويبطل الإيجاب كذا هنا • وإن أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا نصف
ماله فيكون وصية بكل المال والمستثنى نصف المال فصح الاستثناء والوصية وللموصى له
ربع المال لأن المال سهمين • إذ الابن واحد فزد عليهما سهما لأجل الوصية بالمثل فجعل
كل سهم سهمين لحاجتنا إلى معرفة نصف المال فصار كل المال أربعة فأعطي
للموصى له ثلاثة • لأنه لما استثنى من النصيب نصف المال كان النصيب أكثر
من نصف المال واسترجع منه نصف المال وهو اثنان فيصير في يد الابن ثلاثة

وبقي له

ويبقى له سهم وهو ربع المال • وإن ترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله إلا نصيب
أحد الابنين فللموصى له ثلثا المال وهو سهمان من ستة أسهم • لأنا نجعل المال أربعة
إذ البنون أربعة ثم نزيد عليهما أربعة لأجل الوصية إذ الوصية بنصف المال • ثم
نطرح من نصيب الورثة مثل نصيب أحدهم وهو سهم لأن ذلك يعود إليهم بالاستثناء
ونطرح من نصيب الموصى له أيضا سهما • إذ الوصية بنصف المال نسترجع بالاستثناء
سهما فيبقى في يده سهمان وللورثة أربعة • وإن ترك ابنين وأوصى لرجل بمثل نصيب
أحدهما إلا نصيب ابن ثالث وأوصى لآخر بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية
الأولى فللأول سهمان من خمسة عشر وللثاني سهم من خمسة عشر ولكل واحد
من الابنين ستة • لأنك تأخذ مخرج الوصية الأولى سهمين للابنين ثم تزيد
عليهما سهما للموصى له فصار ثلاثة ثم تضرب نصيب الابنين في ثلاثة لحاجتنا إلى معرفة
نصيب ابن ثالث فصار ستة وصار نصيب الموصى له ثلاثة • فنطرح من نصيب
الابنين سهمين وهو نصيب ابن ثالث فصار معنا أربعة ثم نسترجع من النصيبين
سهمين فصار ستة لكل ابن ثلاثة فصار المال سبعة • ثم نضعف الفريضة
الأولى وهو سبعة فيكون أربعة عشر ونزيد عليه واحدا للوصية الثانية
فصار خمسة عشر والنصيب الكامل كان ثلاثة فصار ستة • وإن قال إلا
نصيب ابن رابع والمسألة بحالها فللأول أربعة من واحد وعشرين وللثاني سهم
ولكل ابن ثمانية • لأنك تأخذ أحد الوصية الأولى وذلك سهمان للابنين
ثم تزيد واحدا للوصية ثم تضرب نصيب الابنين في أربعة لحاجتنا إلى معرفة
نصيب ابن رابع فصار ثمانية وصار نصيب الموصى له أربعة أيضا • فطرحنا
من نصيب الابنين نصيب ابن رابع وذلك اثنان ليمكننا استرجاعه من النصيب
فصار المال عشرة والنصيب أربعة والمسترجع سهمان • فإذا ضممت إليه الوصية
الثانية تضعف الفريضة الأولى فصارت عشرين • ثم إذا زدت واحدا فصار
إحدى وعشرين فهو المال فصار النصيب بعد التضعيف ثمانية • وإن قال
إلا نصيب ابن خامس والمسألة بحالها فللأول ستة من سبعة وعشرين وللثاني
سهم ولكل ابن عشرة • لأنك تضرب نصيب الابنين وهو سهمان في خمسة
فصار عشرة وصار نصيب الموصى له خمسة وتطرح من نصيب الابنين نصيب
ابن خامس وهو سهمان حتى يمكن الاسترجاع من النصيب فعاد المال إلى
ثلاثة عشر النصيب خمسة والمسترجع سهمان • فإذا ضممت إليه الوصية الثانية فضعف
الفريضة الأولى فصار ستة وعشرين فزد واحدا فصار النصيب بعد التضعيف
عشرة فالوصية ستة • وخرج على هذا إلا نصيب ابن سادس أو سابع أو ثامن
أو عاشر • وإن ترك ابنا وأوصى لرجل بمثل نصيب ابنه إلا نصيب ابن آخر • وإلا ثلث

ما يبقى من الثلث او ربع ما يبقى من الربع الثلث والاستثناء الثاني باطل لانه بعد الوصية
الاولى لا يبقى من الثلث شيء فكيف يصح الاستثناء بمثل ثلث ما بقي وكذا لو كان
مكان الاستثناء الثاني وصية بالثلث تمام ما يبقى من الثلث فالوصية الثانية باطلة لما ذكرنا
وان ترك ابنين واوصى لرجل بمثل نصيب احدهما الا نصيب ابن ثالث والا ثلث ما
يبقى من الثلث بعد الوصية الحاصلة صحا وكذا لو قال بعد النصيب او استثنى
نصيب ابن رابع وان اوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت وترك ابنا واما فللموصى له
خمسة من سبعة عشر وللام سهمان وللابن عشرة لان اصل المسألة من ستة لحاجتنا
الى السدس ما يبقى وما بقي للام فخمسة للابن ثم زدنا لاجل الموصى له مثل نصيب البنت
وذلك سهمان ونصف فصارت الجملة ثمانية ونصفا فضعفنا للكسر فصار سبعة
خمسة للموصى له وسهمان للام وعشرة للابن وان اوصى بنصيب ابن اخر لو كان
وترك زوجة وابنا واصل المسألة من ثمانية لحاجتنا الى الثمن وما بقي للمرأة ثمن وما بقي
وهو سبعة للابن ثم يزيد عليه مثل نصيب ابن اخر لاجل الموصى له وذلك سبعة
فصار الكل خمسة عشر للموصى له وسهم للمرأة وسبعة للابن وان اوصى لرجل سبعة
بنصيب ابن لو كان وترك اخا وبنتا واجازا فللموصى له ثلثا المال لانه نصيب
الابن مع البنت اذ لا شيء للاخ مع الابن فبقي ثلث اخر بين البنت والاخ نصفين
واصل المسألة من ستة وان لم يجيزا له الثلث والثلثان بين الاخ والبنت
نصفين وان اوصى بمثل نصيب ابن لو كان فللموصى له سهمان من خمسة لان
نصيب الابن مع البنت سهمان من ثلاثة فيزاد عليه مثل نصيب الابن سهمين
لاجل الموصى له فكان المال خمسة سهمان للموصى له والباقي بين البنت والاخ نصفين
وتصح من عشرة وان لم يجيزا فله الثلث والباقي بينهما نصفين وان اوصى لرجل
بنصيب ابن لو كان وترك اخا واختا فللموصى له كل المال ان اجازا لان نصيب
الابن مع الاخ والاخت كل المال وان لم يجيزوا فله الثلث والباقي بين الاخ والاخت
اثلاثا وان اوصى بمثل نصيب ابن لو كان له النصف ان اجيز مثل الشيء غيره
فيعطى له نصف المال عند الاجازة وعند عدمها الثلث والباقي بينهما اثلاثا
وان اوصى بنصيب بنت لو كانت وترك بنتا واختا فللموصى له ثلث المال لان
نصيب البنت الاخرى مع البنت والاخت الثلث وان اوصى بمثل نصيب بنت
لو كانت له الربع لان مثل الشيء غيره فيزاد على نصيب البنت الاخرى وذلك
سهم من ثلاثة فصار اربعة فيكون للموصى له سهم من اربعة والباقي بين
البنت والاخت نصفان والمسألة من ثمانية وان اوصى بمثل نصيب ابنه او نصيب
ابن اخر لو كان وترك ابا وابنا فالمسألة من ستة لحاجتنا الى السدس وما بقي فللاب
سهم والباقي خمسة للابن ويزيد عليه مثل نصيب الابن وذلك خمسة لاجل الموصى له فصار

المال

المال احد عشر سهما خمسة للموصى له وواحد للاب وخمسة للابن ولو ترك ابنين
واوصى لرجل بمثل نصيبهما فللموصى له نصف المال ان اجازا والا فله الثلث والباقي لهما
وان ترك ابنين واوصى بثلث ماله لزيد ولاخر بنصيب ابن ثالث لو كان او بمثل
نصيب احدهما فان اجازا فثلثه لزيد وهو ثلاثة من تسعة والستة الباقية
بين الموصى له الاخر وبين الابنين اثلاثا لكل واحد سهمان وان لم يجيزا يقسم
الثلث بين الموصى لهما اخماسا عند ابي يوسف رحمه الله خمساه لصاحب النصيب
وثلاثة اخماسه لصاحب الثلث لان في حالة الاجازة حق صاحب الثلث في ثلاثة
من تسعة وحق صاحب النصيب في سهمين من تسعة فعند عدم الاجازة يضرب
كل واحد في الثلث بقدر سهمه فصار اخماسا وعند محمد رحمه الله يقسم
الثلث بينهما نصفان لان كل واحد موصى له بالثلث وان اوصى بكل ماله
لزوجته واجنبي لكل واحد بالنصف ولا وارث له غيرهما فللاجنبي عشرون
وللمرأة اثنان وعشرون لانا نبتدأ اولا بدفع الثلث الى الاجنبي لان الوصية
للاجنبي بقدر الثلث مقدمة على الميراث وعلى الوصية للوارث وللمرأة ربع ما
بقي بحكم الارث فنحتاج الى حساب له ثلث ولما بقي ربع واقله ستة له سهمان
ولها ربع ما بقي بالارث بقي ثلاثة تقسم بينهما اتساعا لان حق الاجنبي كان
في النصف وقد اخذ الثلث بقي حقه في سهم من ستة وكان حقهما في النصف
ثلاثة لكنها لما اخذت سهما بحكم الارث شايعا كان نصف هذا السهم في ثلاثة
اوصى لها بها وما كان مستحقا لها بحكم الارث فلا تستحقه بحكم الوصية
فاذا لم يعتبر وصيتها في نصف سهم بقي وصيتها في سهمين ونصف من ستة
ووصية للاجنبي بثلاثة اسهم وقد وصل اليه سهمان بقي حقه في سهم وحقها في
سهمين ونصف فاجعل كل نصف سهما فصار سبعة حقها في خمسة
وحقه في سهمين فيقسم الباقي بينهما على سبعة وقسمة ثلاثة لا تستقيم على سبعة
فتضرب اصل المسألة وذلك ستة في سبعة فصار اثنين واربعين ياخذ الاجنبي الثلث
اولا فبقي ثمانية وعشرون فتاخذ المرأة ربعها وذلك سبعة بقي احد وعشرون
تقسم بينهما اتساعا خمسة اسباعه لها وذلك خمسة عشر وسبعاه له وذلك ستة
فحصل له عشرون ولها اثنان وعشرون وان اوصى لكل ما له له سبعة ولها خمسة
لان الوصية للاجنبي تقدم على الارث فيعطى له الثلث ستة ولها ربع ما بقي
بحكم الارث بقي ثلاثة بينهما نصفان عند ابي حنيفة رحمه الله فحق الاجنبي كان
في كل المال وقد استوفى سهمين فلا يضرب بذلك ولا يضرب ايضا اخذت
بحكم وذلك سهم وانما تضرب بثلاثة والمرأة لا تضرب بالثلث الذي اخذ الاجنبي
اولا لان الوصية للاجنبي بقدر الثلث وصية قوية فتبطل وصيتها بذلك

القدر

فلا تضرب المرأة بذلك ولا بالسهم الذي اخذت ثانيا وانما تضرب بثلثة فاستويا في
الضرب في الثلاثة الباقية فتخرج المسئلة من اثنا عشر • ولو اوصى لهما بثلثي ماله
لكل واحد بالثلث اخذ الاجنبي الثلث اولا وذلك سهمان من ستة ثم هي تاخذ
ما بقي سهما بقي ثلاثة فتاخذ المرأة سهمين بالوصية بقي سهم لا مستحق له فيكون
لبيت المال • وان اوصى لهما بخمسة اسداس ماله لكل واحد سدسين ونصف سدس
فله خمسة ولها سبعة • لان الاجنبي اخذ الثلث اولا اربعة من اثنا عشر وذلك
سدسان بقي حقه في نصف سدس وذلك سهم ثم تاخذ المرأة ربع ما بقي سهمين
بقي ستة اخذ الاجنبي سهما تمام حقه فصار له خمسة • ثم تاخذ المرأة الخمسة الباقية
بوصيتها فصار لها سبعة خمسة بالوصية واثنان بالارث • وان مات وترك عبدين
قيمتهما سواء وامرأة لا وارث له غيرها وقد اوصى لها ولاجنبي باحد عبديه
بعينه فللاولى لها عبده بالوصية ونصف العبد الاخر بالارث لانه ربع كل المال
والنصف الاخر لبيت المال لانه خلى عن المستحق • وفي الثانية للاجنبي ذلك العبد
ولها نصف العبد الاخر والنصف لبيت المال • وان اوصى للاجنبي باحد عبديه بعينه
واوصى لامرأته بالعبد الاخر • فالمسئلة من ثلثمائة واثنا عشر ياخذ الاجنبي الثلث
اولا ثم المرأة ربع الباقي ثم يقسم الباقي بينهما على ثلثة عشر تسعة اسهم لها واربعة
اسهم له • وهذا لانا جعلنا كل عبد اثنا عشر لحاجتنا الى ربع الثلث فصار مال
الميت اربعة وعشرين فياخذ الاجنبي الثلث اولا وهو ثلثا عبده وذلك ثمانية
فبقي من التركة ستة عشر اربعة من عبده واثنا عشر من عبدها • فتاخذ المرأة
ربع ذلك اربعة سهما من عبده وثلثة اسهم من عبدها • وما اخذت من عبدها
بالارث بطلت وصيتها فيه ضربا واستحقاقا عند الكل فبقيت وصيتها في تسعة
اسهم ووصيته في اربعة لانه لم تبطل وصيته في حق الضرب في سهم اخذته من عبده
فبلغت سهام وصيتهما ثلثة عشر والباقي من المال اثنا عشر ثلثة من عبده وتسعة
من عبدها وذلك مقدار عبد كامل فيقسم بينهما على ثلثة عشر سهما وذلك لا يستقيم
فاضرب اصل المسئلة وذلك اربعة وعشرون في ثلثة عشر فيكون ثلثمائة واثنا عشر
كل عبد مائة وستة وخمسون اخذ الاجنبي الثلث اولا وذلك مائة واربعة من
عبده بقيت مائتان وثمانية فتاخذ المرأة ربعها اثنين وخمسين • ثلثة عشر
من عبده وتسعة وثلاثين من عبدها • ثم تقسم الباقي على ثلثة عشر سهما اربعة
اسهم كل سهم اثنا عشر وذلك ثمانية واربعون له • وتسعة اسهم وذلك مائة
وثمانية لها • وقد اخذت بالارث اثنين وخمسين فجملته مائة وستون
وجميع ما حصل له مائة واثنان وخمسون • فان اوصى لقاتله ولاجنبي لكل
واحد بكل ماله للاجنبي الثلث اولا لتقدمه ثم ما بقي لهما لاستوائهما في التقدم

على بيت المال

على بيت المال • وان اوصى بعبده لرجل ولقاتله بكل ماله ولقاتل اخر بالفين ولا وارث له
للاجنبي عبده من الثلث اولا لكونه مقدما وما فضل لقاتله بقدر سهامهما • وان
اوصى لرجل بمائة ثم مات ولم يترك شيئا فاجاز ابنه وصيته من مال نفسه فهي هبة
منه فلا تملك قبل القبض وله ان يمنع قبل القبض • وان اوصت امرأة بنصف
مالها لرجل وتركت زوجا فقط له بنصف فلزوجها ثلث وسدس لبيت المال • لان
الاجنبي ياخذ الثلث اولا لتقدمه على الميراث فبقي الثلثان فللزوج نصفه وهو
الثلث بقي ثلث اخر خاليا عن الارث فتكمل وصية الاجنبي الى تمام النصف بالسدس
فبقي سدس اخر لا مستحق له فيكون لبيت المال • فان كان الموصى له قاتلا له بنصف
ولزوجها نصف لانه صار موخرا عن الارث مطلقا فياخذ الزوج النصف اولا
بقي نصف اخر فاضلا عن الميراث فيكون للقاتل عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لكونه
مقدما على بيت المال • وعند ابي يوسف رحمه الله يكون لبيت المال • وان كان الموصى له
هو الزوج فله كله فياخذ النصف بالارث بقي نصف اخر خاليا عن الارث فياخذه
ايضا بحكم الوصية لانها مقدمة على بيت المال • وان اوصت لزوجها ولزيد بكل مالها لكل
واحد بالنصف • لزوجها خمسة ولزيد اربعة • لان الاجنبي ياخذ الثلث اولا لتقدمه
على الوارث بقي ثلثان فياخذ الزوج نصفه بالارث وهو الثلث بقي ثلث اخر فيقسم
بينهما على قدر حقهما • وحق الاجنبي كان في النصف وقد وصل اليه الثلث بقي حقه
في السدس وحق الزوج كان في النصف ايضا بالوصية ولكن بطل في السدس لانه
اخذ الثلث بحكم الارث شايعا السدس عن محل الوصية فبطلت وصيته في ذلك
ضربا واستحقاقا عند الكل فبقي حقه في الثلث وحق الاجنبي في السدس فيقسم الثلث
الباقي بينهما اثلاثا فنحتاج الى حساب ينقسم اثلاثا واقله تسعة فاخذ الاجنبي
الثلث اولا وذلك ثلثة بقيت ستة فالزوج اخذ نصفه بالارث وهو ثلثة بقي ايضا
ثلثة تقسم بينهما اثلاثا سهمان للزوج وسهم للاجنبي اربعة وللزوج خمسة ثلاثة
بالارث وسهمان بالوصية • وان اوصت لاجنبي بثلثي مالها ولقاتلها بثلث مالها
وتركت زوجا فللاجنبي النصف • وللزوج ثلث وللقاتل سدس • لان الاجنبي ياخذ
الثلث اولا لتقدمه بقي الثلثان فياخذ الزوج نصف ذلك بالارث بقي الثلث
فيقسم بين الاجنبي وبين القاتل نصفين عند ابي حنيفة رحمه الله • اصله
من ستة للاجنبي نصف المال ثلثة وللزوج سهمان وللقاتل سهم • وان اوصت لها
او بنصف مالها لزيد وهو قاتلها مع زوجها فكما اوصت لان الوصية صحيحة
لعدم الوارث لان الزوج قاتل • وان اوصت ببيع عبدها من قاتلها بمائة وقيمته
الف وتركت زوجا ولم يجز الزوج ذلك وعفت عن قاتلها زوجها نصف العبد
بقي نصف اخر خاليا عن الارث فيباع من القاتل بخمسين درهما ان شاء تنفيذ الوصية

فيما خلا عن الارث ويكون الخمسون لبيت المال. اوصت بان يباع العبد من زوجها
بمائة وقيمته الف فنصف العبد للزوج ويباع النصف منه بخمسين ويكون لبيت المال
وان اوصت بان يباع نصف العبد من قاتلها او من زوجها بخمسين درهما لزوجها
نصف العبد ويباع النصف بخمسين ويكون لبيت المال. وان اوصت ببيع كل العبد
من قاتلها بمائة واجاز الزوج ذلك يباع كله منه بمائة وتكون المائة بين الزوج وبين بيت
المال نصفين لانه باجازته صحت المحاباة. وان اوصت ببيع العبد لغير القاتل بمائة
واجاز الزوج يباع كل العبد منه بمائة وتكون المائة للزوج. وان لم يجز يباع العبد
منه بثلث قيمته. وان اوصت ببيع نصف العبد منه بمائة وتكون المائة للزوج وان لم
يجز يباع العبد منه بمائة وتكون المائة للزوج يباع نصفه بمائة لانه فاضل عن حق الوارث
ثم تقسم المائة ونصف العبد بين الزوج وبيت المال اسباعا اربعة اسهم لبيت المال وثلثة
اسهم للزوج. لان المحاباة قدر اربع مائة لانه وصية ولكن بقدر ثلث مال الميت
وهو ثلث مائة وثلثة وثلاثون وثلث مقدم على الميراث فسلم ذلك له بقي ثلثان وهو
ستمائة وستة وستون وثلثان للزوج النصف ونصفه لبيت المال فتكمل وصية
الاجنبي الى تمام اربعمائة من حصة بيت المال وذلك ستة وستون وثلثان بقي حصة
بيت المال مائتان وستة وستون وثلثان وحصة الزوج ثلثمائة وثلاثة وثلاثون
وثلث. فتجعل كل ستة وستين وثلثين سهما فصار حصة بيت المال اربعة اسهم
وحصة الزوج خمسة اسهم. فلهذا يقسم نصف العبد والمائة على تسعة اسهم
للزوج واربعة اسهم لبيت المال. ماتت امرأة وتركت عبدين ولا مال لها غيرهما
وقد اقرت لزوجها في مرضها باحدهما بعينه انه ورد بعقد وصدقها فللزوج العبد
المقر به بالاقرار ونصف العبد الاخر بالارث والنصف الاخر لبيت المال. وكذا
لو اقرت له بدين الف صح ويباع احدهما بدينه ويأخذ نصف الاخر بالارث
ولو اقرت باحد العبدين لقاتلها فالعبد المقر به للقاتل وللزوج العبد الاخر ارثا
مدبر قتل سيده وله زوجة سعى في ربع قيمته. لان الارث مقدم على القاتل
وان لم يكن له وارث عتق ولا شيء عليه. له ثلاثة اعبد قيمتهم سواء ولا مال له غيرهم
حررهم في مرضه ومات عتق من كل واحد منهم ثلثه عندنا. وعند الشافعي
رحمه الله عتق احدهم واقرع بينهم فمن خرجت قرعته فالعتق له. لان العتق في
المرض وصية ونفاذها من الثلث وهم كل ماله والثلث احدهم فيستخرج بالقرعة
ولنا انه اذا وقع العتق على الكل فلا يجوز حرمان البعض بل يشيع عتق واحد بين
الكل. بان ادعى احدهم ان الميت اعتقه في مرضه وحلف القاضي الوارث بالله ما
يعلم ان الميت اعتقه في مرضه فنكل وارثه عتق مجانا لخروجه من الثلث. وان ادعى
الثاني والثالث مثله فنكل عتقا بالسعاية. لان القاضي لما جعل الثلث للاول

لم يبق

لم يبق لهما وصية. ولو كان الوارث والعبد الاول حكما حكما عتق الكل مجانا. لان
حكم الحكم لا ينفذ على غير الخصم فصار الاول في حق الثاني كانه عبد واعتقه الوارث
بخلاف قضاء القاضي. لان قضاءه ينفذ على الكل. وكذا لو قال الوارث لكل
واحد على الانفراد. حررك الميت في مرضه ثم قال لم يحررك او عكس عتقوا من غير
سعاية. لان الانكار السابق لا يمنع الاقرار اللاحق ولا انكار اللاحق لا يبطل الاقرار
السابق فيعتق الاول من ثلث ماله لانه يخرج من الثلث فكذا الثاني لانه يقول
للوارث انك متى انكرت عتق الاول فقد اقررت بان الميت ما اوصى له بالعتق
وانما عتق باعتاقك فيجعل الاول كالقايم وقد اقررت لي بالوصية والاول قايم
معنى وكذا الثالث. فكان من حجة كل واحد ان يقول للوارث متى انكرت
عتق غيري واقررت بعتقي فقد اقررت بان كل الثلث لي ولا سعاية علي
فلم تجب عليهم السعاية. ولو قال حررتكم ثم انكر او عكس عتق ثلث كل. لانه
لا يمكن لكل واحد ان يحتج بما ذكرنا. لانه انكر الكل معا فكانه قال اعتقكم
ولم يقل لم يعتقكم وثم يعتق ثلث كل واحد ويسعى في ثلثيه كذا هنا. ولو قال
حررتكم ثم قال لاحدهم بعينه لم يعتق هذا او عكس بان قال لاحدهم لم يعتقك
ثم قال لهم قد اعتقكم عتق ثلث الذي انكره ونصف كل واحد من الاخرين لعدم
اعتبار الانكار. لكنه زعم ان العتق بين الاخرين وهو حجة عليه فيعتق من عتق ع
كل واحد نصفه. مريض ملك ابنه بالف وهو قيمته ومات وله الفان سواه ويرث
منه بالاتفاق لخروجه من الثلث ولا سعاية عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
يسعى في قيمته لان العتق في مرض الموت وصية ولا وصية للوارث فيجب السعاية
نقضا للوصية معنى لانه لا يمكن نقضه حقيقة. وله انه لو وجبت عليه السعاية
لبطلت من حيث تجب فلا تجب. بيانه ان السعاية اذا وجبت صار كالمكاتب
والمكاتب لا يرث لانه عبد ما بقي عليه درهم. واذا لم يرث صارت الوصية
لغير الوارث فتصح وان لم تخرج من الثلث تجب السعاية ولا يرث. لان المستسعى
كالمكاتب عنده. وعندهما يرث لانه حر مديون عندهما. ولو ملك ابنه بالف
وقيمته خمسمائة وحرر عبدا له اخر قيمته خمسمائة ولا مال له غيرهما نفذت ما
حاباه للبايع. لان المحاباة المتقدمة اولى ويسعى كل واحد من العبدين في قيمته
لان البايع استحق الثلث وهو خمسمائة ولا ميراث لابنه عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه مستسعى وعندهما العتق اولى من المحاباة فيصرف الثلث كله الى العبد الاخر
لان كل السعاية وان وجبت على الابن فهو حر وارث ولا وصية للوارث
فيسعى الابن في كل قيمته. وان اعتق امته ثم نكحها وهو مريض فان سعت
لم يصح النكاح لانها صارت كالمكاتبة ونكاح المكاتبة لمولاها لا يجوز. وان لم تسع

صح نكاحها • وقالا النكاح جائز بكل حال لانها حرة وان كان عليها سعاية • ولو آثر الغريم
بعض غرمائه بقضاء دينه يشاركه الباقون فيما قبض عندنا لتعلق حق الغرماء بماله فلا
يجوز له تخصيص البعض • وعند الشافعي رحمه الله لا يشاركه سائر الغرماء فيه لانه
قضى ما عليه بماله فيصح ولا يشاركه فيه غيره كما في الصحة • الوارث اذا اجاز
تبرع المورث في مرضه ملك ابطاله ان مات لانه لا عبرة لاجازته في حال حياته
وعند مالك رحمه الله لم يملك ابطاله لانه قد ابطل حقه فبطل ولا يعود وقد
مر • رجل مات وترك ثلاثة الاف درهم وابنا فاثبت رجل بالبينة انه اوصى له
بثلث ماله وبرهن عليه يقبل ويؤمر الابن بدفع نصف ما في يده اليه • لان البينة
قامت على الخصم لانه ادعى حقا وملكا في عين في يده • وكذا لو غاب الابن الاول
فاقام على الوارث بل اولى • لانه خليفة الميت من كل وجه وقبل قبضه يقبل على الوارث
وكذا عليه ان كان عند القاضي الاول لانه عرف استحقاقه وهو يدعي الشركة
فيه وعند غيره لا • لانه لا يعرفه مستحقا • ولو ان الاول غريم فخصم مثل وارثه
ووصيه دونه ودون الموصى له كعكسه حتى لو ادعى دينا على الميت رجل فاخذ
الدين وغاب الوارث فاقام اخر عليه البينة بدين على الميت لم يكن الغريم الاول
خصما له لانه لا يدعي عليه شيئا وانما يدعي استحقاقا على الميت واخذ ما في يده
بناء على ذلك الاستحقاق ولم يوجد • ولو خاصم الوارث واقام البينة قضي عليه
فكان قضاء على الغريم الاول لانه انتصب خليفة عن الميت فيثبت الاستحقاق فيزاحمه
فيه • ولو كان المقضي له غريما الاول والثاني يدعي الوصية لم يصر الغريم خصما
ولو كان الاول موصى له بالثلث والثاني يدعي دينا على الميت لم ينتصب الموصى له
خصما لانه ليس بخصم فيما في ذمة الميت ولانه المرسل كالدين لانه لا يدعي عينا
من التركة ولا يزداد ولا ينتقص • رجل اثبت بالبينة وصيته بعبد بعينه وهو
يخرج من ثلثه وقبض فاقام اخر عليه بينة انه اوصى له به يقبل لانه يدعي ملك
ما في يده وان اقام على ما في يد الوارث لا يقبل لانه لا يدعي عينا في يده • فان ذكر
شهوده رجوعا قضي بكله للثاني • والا يقضى له بنصفه • وان قضي للاول ولم يقبض فاقام
الثاني على الوارث عند القاضي الاول لا يقبل لانه علم ان الملك لغيره وانه امين • فان
كان عند غيره يقبل • في يده الف قرض او غصب او وديعة وهو مقر فادعى اخر ان
مالكه مات وان عليه دينا او اوصى له به وذو اليد يعترف بالمال ولكن ينكر موته لم يكن
خصما لاتفاقهما على انه ملك الغائب • ولو جحد المال او قال وهبه لي ينتصب خصما في دعوى
الوصية لانه يدعي اليد لنفسه وهو ادعى استحقاقه • ولو ادعى المدعي وصاية او وراثة
يكون خصما لقيامهما مقام الميت وذو اليد خصم للميت في حياته فكذا من قام مقامه •
فان قبض الوارث والوصي ثم عاد المشهود بموته حيا ففي الشهادة بالوراثة يضمن الشهود

وفي الوصايا

وفي الوصاية لا • لانهم لم يتلفوا بل اثبتوا حافظا ولكن ان كان الدافع غاصبا
تخير المالك بين تضمينه وتضمين القابض لان كل واحد غاصب في حقه • وان كان
مودعا ضمن القابض فقط لانه مكره في الدفع بالقضاء • اما القابض فقد اخذ
ماله بغير حق وان كان غريما لم يبرأ عن الدين • فاذا اخذ منه المالك فيرجع
هو على القابض • وان لم يعد حيا ولكن ظهر الشهود عليه عبيدا ضمن القابض لانه
قبض مال الغير بغير اذنه ولا ضمان على الدافع في الوجوه كلها • لانه دفع بامر القاضي
ولو ادعى انه اخو الميت ودفع اليه بقضاء واقام اخر انه ابنه ضمن الشهود والاخ ولا
يضمن الدافع لانه دفع بامر القاضي ولو ثبت خروج الثاني لا بسببه لم يضمن الدافع
لانه بامر القاضي ولا الشهود لانه لم يظهر كذب الشهود • لانهم شهدوا بكون
الاول اخا وبظهور الاخ الثاني لا يخرج الاول من ان يكون اخا • وان ادعى ان الميت
اوصى له به وصدقه ذو اليد لم يقض له بشيء لان القضاء وقع على الورثة • الا اذا اتفقا انه
لا وارث له • ولو ادعى دينا وصدقه ذو اليد ينتصب له خصما • فان جاء حيا فقد مر
الجواب • وان جاء وارثه نفذ جميع ما صنع القاضي لان له ولاية نصب الوصي فانتصب
الوصي خصما للمدعي ولو ادعى انه اوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يدفع لو كان غصبا
او وديعة لانه اقرار في مال الغائب • ولو قال ذو اليد ان هذا المال لرجل مات ولا وارث له
اخذ منه وجعل في بيت المال • الاصل ان محاباة المريض وصية وتبطل ببطلان
البيع لانها في ضمنه والتسوية بين الورثة والموصى له واجبة في المال العين لا في الدين
لان الدين ليس بمال حقيقة • فان زادت الوصية على ثلث العين ينقض في الزيادة على الثلث
لحق الورثة نقضا موقوفا الى ان يخرج الدين • فان خرج يرتفع النقض ويكمل وصية
الموصى له • مريض وهب عبده لرجل قيمته ثلثمائة وقبض الموهوب له ثم مات وليس
له مال عين سوى العبد وله على رجل الف دين ولم تجز الورثة نقضت الهبة في الثلثين
لحق الورثة اعتبارا للتسوية في المال العين لكن ينقض نقضا موقوفا • حتى لو خرج الدين
تكمل وصيته الى تمام العبد • مريض اشترى عبدا قيمته مائة بثلثمائة ثم مات وليس له مال
عين سوى هذه وله على رجل الف دين ولم تجز الورثة المحاباة يقال لبايع العبد
ان شئت نقضت البيع ولا شيء لك من الوصية لانها في ضمن البيع فتبطل ببطلانه • وان
شئت رددت مائة الى الورثة فيحصل للموصى له مائتان بعوض فلا تكون وصية ومائة
بغير وصية فتكون وصية ويسلم للورثة مائة وعبد قيمته مائة وهو ضعف الوصية
فاذا خرج الدين امر الورثة برد المائة الى البايع لما بينا • مريض اسلم الى رجل ثلثمائة في كر
قيمته مائة ونقد فمات وليس له مال عين سوى هذه وله على رجل دين الف ولم تجز الورثة
يقال للمسلم اليه ان شئت نقضت السلم ولا شيء لك لما بينا • وان شئت رددت مائة
وعجلت الكر • لان التاجيل وصية زائدة على الثلث • فاذا فعل ذلك استقام الثلث

والثلثان فاذا اخرج الدين لا يجب على الورثة رد ما اخذ فامر المائة الى المسلم اليه • كما
لو اشترى دينارا قيمته عشرة بمائة وتقابضا ثم مات وليس له مال عين سوى هذه المائة
وله على رجل الف قيل للبائع الدينار والعبد ان شئت فانقض البيع ولا شيء لك وان شئت
فامسك قيمة الدينار وهي عشرة منها وقدر ثلث مال الميت وهي ثلثة وثلاثون وثلث
وترد الباقي وذلك ستة وخمسون وثلثان فيحصل لك ثلثة واربعون وثلث عشرة
بعوض عشرة فلا يكون وصية وثلثة وثلاثون وثلث بغير عوض فيكون وصية ويحصل
للورثة خمسة وخمسون وثلثان ودينار قيمته عشرة فيكون ضعف الوصية • فان خرج
الدين لا يؤمر الورثة برد ما اخذوا • لان القبض انتقض في ذلك القدر من الاصل •
فانتقض السلم والصرف بقدره والمنتقض لا يعود • مريض باع كرا جيدا يساوي ستين
بكر دقل يساوي عشرين ومات وليس له مال عين سوى هذا الكر ولم تجز الورثة قيل
لصاحب الدقل ان شئت نقضت البيع ولا شيء لك وان شئت رددت نصف الجيد
واخذت نصف الدقل لان المحاباة زائدة على الثلث • فان خرج الدين والكران قايمان
دفع الورثة النصف الماخوذ واخذت نصف الدقل • وان كانا هالكين فاحدهما
بطلت الوصية في ذلك القدر ولا يؤمر الورثة برد قيمة ما اخذوا لان القبض لما انتقض
من الاصل كان هلاك بعض المبيع قبل القبض فيوجب انتقاض البيع بقدره • مريض
باع ابريق فضة وزنه عشرون وقيمته ستون بعشرين درهما وتقابضا ثم مات ولا
مال له سوى الابريق وله الف درهم على رجل ولم تجز الورثة فهو نظير مسئلة الكر
الا انه اذا خرج الدين هنا لا يؤمر الورثة برد شيء مما اخذوا • لان انتقاض القبض من الاصل
اوجب انتقاض الصرف في ذلك والمنتقض لا يعود • اسلم عشرين درهما في كر يساوي
ستين وتقدم ثم مرض المسلم فاقال المسلم اليه بعد حلول الاجل ثم مات ولم تجز الورثة
صحت الاقالة في النصف وتوقفت في النصف الاخر • وان انتقض القبض من الاصل لان
القبض ليس بشرط لصحة الاقالة • اشترى رجل عبدا قيمته سبعمائة بمائة وتقابضا
ثم مرض المشتري فاقال البيع ثم مات ولم تجز الورثة الاقالة وله الف دين على رجل
فان شاء بايعه نقض الاقالة ولا شيء له وان شاء امضاها • فان امضاها تنفذ الاقالة في
ثلثة اثمان العبد وتتوقف في خمسة اثمانه • لان المريض حابا بالاقالة ثمانمائة والمحاباة
وصية فتنفذ في الثلث وثلث ماله ثلثمائة وهو قدر ثلاثة اثمان المحاباة • فان خرج
دينه فان كان هالكا لا تضمن الورثة شيئا • لان المعقود عليه هلك قبل تمام الاقالة
لان الاقالة كانت موقوفة في خمسة الاثمان وانه يوجب انتقاض الاقالة لهلاك المبيع
قبل القبض واذا انتقض الاقالة عاد حكم البيع السابق فلهذا لا يضمنون • والله اعلم

باب الوصي وما يملكه

• ومن اوصى الى رجل
فقبل الوصي في وجه الموصي ورده في وجهه فهو رد لانه متبرع في ذلك • وان شاء رجع

اذ ليس

اذ ليس للموصي ولاية الزام التصرف على الغير وليس في الرجوع تغرير • لانه يمكنه ان يوصي غيره
وان رده في غير وجهه فليس برد لانه لما قبل في وجهه اعتمد الموصي على قبوله فلم يوص
الى غيره • فلو جوزنا رده في حياته او بعد مماته لصار الميت مغرورا وذلك باطل • الا ترى
ان الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرور والضرر
المبهم فلان يجب نفي الغرور والضرر عن الميت وهو احق بالنظر اولى • فان لم يقبل ولم
يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد • لانه متبرع في التصرف للغير
فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة ولا غرور هنا في رده • اما الموصي هو الذي
اغتر حيث لم يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية ام لا • فان باع شيئا من التركة بعد
موته فقد لزمته الوصية لوجود دليل القبول اذ التصرف هو المقصود وهو معتبر
بعد الموت • لان اوان الولاية بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي سواء علم
بالايصاء حين باع او لم يعلم • بخلاف ما لو وكله رجل بالبيع فباع شيئا من متاعه وهو
لا يعلم بالوكالة حيث لا ينفذ • لان الايصاء استخلاف لثبوته اوان انقطاع
الولاية واذا كان استخلافا صح بغير علم كالوراثة • فاما التوكيل فاثبات الولاية
وليس باستخلاف لثبوته في حال قيام ولاية الموكل فلا تصح بغير علم من يثبت عليه
كاثبات الملك بطريق البيع والهبة • ومن اعلمه بالوصاية فهو جايز سواء كان المخبر
حرا او عبدا او فاسقا او صبيا او رجلا او امراة وقد سبق تقريره • وان مات الموصي
وهو لم يقبل ولم يرد في حياته فقال بعد موته لا اقبل ثم قبل صح ان لم يكن القاضي
اخرجه حين قال لا اقبل • وقال زفر رحمه الله ان قال في غيبته او حياته لا او بعد
موته لا اقبل ثم قبل لا يكون وصيا لبطلان الايصاء اليه برده • كما لو رده في وجهه
ولنا انه لا يبطل الايصاء بمجرد قوله لا اقبل • لان في ابطاله ضررا بالميت والضرر
واجب الدفع • نعم في ابقاء الايصاء ضرر على الوصي لكنه مجبور بالثواب وذلك
غير مجبور بشيء فكان دفعه اولى • فان كان القاضي اخرجه عن الايصاء حين قال
لا اقبل فاذا قبل بعد ذلك لا يصح لانه صح اخراجه لان الموضع موضع الاجتهاد اذ الرد
صحيح عند زفر رحمه الله دفعا للضرر عن الموصي والقاضي ولانه دفع الضرر عن الناس
فنفذ قضاؤه وبطل الايجاب فلا يعتبر القبول • ومن اوصى الى عبد او كافر
او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة
الوصية • لان الاخراج عن الوصية انما يكون بعد الوصية • وذكر محمد رحمه الله
في الاصل ان الوصية باطلة • قيل معناه ستبطل في جميع هذه الصور • وقيل
في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته وعدم استبداده وفي غيره معناه ستبطل
وقيل في الكافر باطل ايضا لانه لا ولاية له على المسلم • ووجه الصحة ثم الاخراج ان
الايصاء الى الغير انما يجوز شرعا لليتيم بنظر الموصي لنفسه ولاولاده وبالايصاء الى هؤلاء

لا يتم معنى النظر وان وجد اصل النظر لكون العبد اهلا للتصرف وليس بمولى عليه فرجحه
من يتصرف عليه ولكون الفاسق من اهل الولاية والخلافة ارثا وتصرفا حتى لو تصرف
نعد تصرفه • ولثبوت ولاية الكافر في الجملة حتى نعد شراؤه عبدا مسلما لتوقف
ولاية العبد على اجازة سيده وتمكنه من الحجر بعدها واشتغاله بخدمة سيده فيتوهم
التقصير في استيفاء حقوق الميت ولتوهم الخيانة من الكافر للمعاداة الدينية ومن الفاسق
لفسقه فيخرجه القاضي من الوصاية ويجعل مكانه وصيا آخر تتميما للنظر • وشرط
في الاصل ان يكون الفاسق متهما مخوفا عليه في المال • وهذا عنده ظاهر في تبديله بغيره
ومن اوصى الى عبده وورثته كلهم صغار صح • وان كانت الورثة كبارا وصغارا
او كبارا لم يصح • وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما لا يصح في الوجهين
لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع • ولان الايصاء اسلم الولاية
وهو ليس باهل لها لان الرق ينافيها • ولان الولاية للوصي قبل الولاية للموصي وولايته لا تتجزى
وفي اعتبار هذه تجزيها لانه كان مالكا بيع رقبته والعبد بحكم الايصاء اليه لا يملكه
فكان فيه نقض الموضوع • وله انه اوصى الى من هو اهله فيصح كما لو اوصى الى مكاتب
نفسه او مكاتب غيره وهذا لانه مكلف مستبد بالتصرف وليس لاحد عليه ولاية
فان الصغار وان كانوا ملاكا فليس لهم ولاية المنع فكان اهلا للايصاء اليه كالحر
والظاهر ان شفقته عليهم اكثر من شفقة الاجنبي • ولهذا اختاره للايصاء اليه بخلاف
غير العبد لانه مولى عليه • وبخلاف ما اذا كان فيهم كبير لانه يبيع نصيبه او يمنعه
فيعجز عن الوفاء بحقه فامتنع الجواز • والايصاء قد يتجزى • فقد روي عن ابي حنيفة
رحمه الله انه اذا اوصى الى احد في الدين والى آخر في العين فهو كما قال • ولا يكون كل
واحد منهما وصيا فيهما او يصار الى تجزي الايصاء لئلا يؤدي الى ابطال اصله او يعتبر
الوصف لتصحيح الاصل احق • ولو كان الرق يمنع الايصاء لم يجز الايصاء الى المكاتب
وقيل قول محمد رحمه الله مضطرب يروى مع كل واحد منهما • ومن عجز عن
القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره اذ لو لم يفعل ذلك لتضرر الوصي لعجزه عن التصرف
او الورثة بتركه التصرف • ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة
فربما يكون الشاكي كاذبا او يريد التخفيف على نفسه • ولو ظهر عند القاضي عجزه
اصلا استبدل به رعاية للنظر • وان كان قادرا على التصرف وامينا فيه فليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره لكان دونه • لانه مختار الميت وغيره لا • فكان ابقاؤه
اولى • الا ترى انه يقدم على اب الميت مع كمال شفقته فلان يقدم على غيره احق •
وكذا اذا شكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي ان يعزله حتى يبدو
له منه خيانة • لان الموصي اختاره ورضي به والشاكي قد يكون ظالما في شكواه • فما لم
تتبين خيانته لا يحتاج القاضي الى الاستبدال به • فان علم منه خيانة عزله لان الموصي

اعتمد

اعتمد عليه لامانته • والظاهر انه لو علم لعزله والقاضي بعد موته قائم مقامه في النظر
له فيعزله ويقيم مقامه نظرا للميت • ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة • وعند
ابي يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء • لان
الايصاء من باب الولاية اذا ثبت لاثنين شرعا يثبت لكل واحد كملا على الانفراد
كالاخوين في ولاية الانكاح • فكذا اذا ثبت شرطا وهذه الولاية لا تحتمل
التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة لا تحتمل التجزي • ولهما ان سبب
هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة حقيقة التفويض • وانما فوض الولاية اليهما
جملة وهذا الشرط معتبر فلم يثبت بدون ذلك الشرط • وهذا لان الموصي انما رضي
برأي المثنى ورأي الواحد لا يكون كرأيهما • بخلاف الاخوين في النكاح
لان السبب ثمة الاخوة وهي قائمة بكل واحد منهما على الكمال والسبب هنا الايصاء
وهو اليهما لا الى كل واحد منهما • ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته
بانكاحها من كفوء خاطب يجب عليه وهنا حق التصرف للموصي ولهذا ابقي مخيرا في
التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فصح • وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فبطل
اصله الدين الذي عليهما • بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة
ومواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع وهي تجهيز وشراء الكفن لانه
لا يبتني على الولاية ولهذا ربما يكون احدهما غائبا ففي اشتراط اجتماعهما فساد الميت
ولو فعله جيرانه عند الضرورة صح • وشراء ما لا بد للصغار منه من الطعام والكسوة
دفعا لحاجتهم ففي التاخير خوف هلاكهم جوعا وعريا • والاتهاب لهم
لانه ليس من باب الولاية ولهذا تملكه الام ومن يعوله وان كان اجنبيا • ورد
وديعة معينة ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون
وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد معين • لانها لا تحتاج الى الرأي وبيع ما يتسارع اليه
الفساد وجمع الاموال الضائعة لان فيه ضرورة • والخصومة في حقوق الميت لانه لا يمكن
اجتماعهما عليه فانهما وان حضرا لم يتكلم الا احدهما ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين
بالخصومة فاحد الوصيين اولى • فاما البيع والرهن والاجارة والكتابة والتقاضي
اي الاقتضاء وما اشبه ذلك فعلى الاختلاف • لانها تبتني على الرأي والولاية • اما غير
التقاضي فظاهر وكذا التقاضي لانه رضي بامانتهما على القبض لا بامانة احدهما
ولانه في معنى المبادلة خصوصا عند اختلاف الجنس • ولو اوصى الى كل واحد منهما
على الانفراد • وقال كثير من مشايخنا رحمهم الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف
كالوكيلين اذا وكل واحد منهما على الانفراد • فانه اذا افرد فقد رضي برأي الواحد
والاصح ان الخلاف في الفصلين • لان وجوب الوصية يكون عند الموت وعند الموت

تثبت الوصية لهما معا. بخلاف الوكيلين لان غرضه ثم انابة احدهما نيابة لا الانفراد. وان مات احدهما وقد اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية كما اذا اوصى الى شخص اخر. ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت منهما باق حكما براي من يخلفه. وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الحي لا ينفرد بالتصرف لان الموصي لم يرض بتصرفه وحده فلا يكون للوصي ان يرضى بما يعلم ان الموصي لا يرضى به. بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لان المتوفى رضي براي المثنى وقد وجد. وان لم يوص الى احد ضم القاضي اليه غيره. اما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان الحي عاجز عن التفرد بالتصرف والقاضي قايم مقام الميت في النظر لعجزه عن النظر لنفسه فيضم اليه وصيا اخر نظرا له. واما عنده فلان الحي منهما وان قدر على التصرف الا ان الموصي قصد ان يخلفه متصرف في حياته وقد امكن تحقيق مقصوده بنصب وصي اخر مكان الميت. واذا اوصى الى رجل بمال العين وبتقاضي الديون الى اخر فهما وصيان في الدين والعين عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله. وعند محمد رحمه الله كل واحد منهما وصي فيما سماه له خاصة وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله. لان هذا تصرف بحكم الامر فيحل محل الوكالة. ولهما انه استخلاف فيما كان له من الولاية والولاية لا تتجزى فاثبتنا لكل واحد كلا. ولهذا لو اوصى في نوع ولم يوص الى غيره فهو وصي في الانواع كلها. واذا مات الوصي واوصى الى اخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا. وعند الشافعي رحمه الله لا يكون الثاني وصيا في تركة الميت الاول. لان الوصي كالوكيل لانه فوض اليه التصرف بعد الممات والوكيل فوض اليه التصرف حال الحيوة. ثم الوكيل لا يملك ان يوكل غيره فكذا الوصي والفقه فيه ان الموصي رضي برايه لا براي غيره. والناس يتفاوتون في الراي. ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة في النعمه فيملك الايصا الى الغير كالجد. الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل في المال الى الموصي والى الجد في النفس. ثم الجد فيما انتقل اليه قام مقام الاب. فكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول باعتبار هذه الخلافة جعل الاول قايما حكما. والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم النظير وقد كانت له ولاية في التركتين عند الموت فقام الثاني مقامه فيهما. ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل اتمام مقصوده وهو ان يتدارك برايه ما فرط فيه بنفسه صار راضيا بايصايه الى الغير في ذلك لما فيه من تحصيل مقصوده وبه فارق الوكيل. لان الموكل ثم قايم فيمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يتضمن توكيله اباه الرضى بتوكيل غيره والايصا الى غيره عند موته. وكذا لو قال جعلته وصي ما اترك صار وصيا في تركته وتركة موصيه في ظاهر الرواية. لان تركة موصيه تركته ايضا. وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يصير وصيا في تركة الوصي

نعط

لانه نصب عليه. وتصح قسمة الوصي عن الورثة الغيب مع الموصى له. ولا تصح قسمة الوصي مع الورثة عن الموصى له الغايب. والفرق ان الوصي خليفة الميت والوارث خليفة عن الميت ايضا حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث حتى يكون الولد حرا فصلح الوصي خليفة عن الوارث نيابة عنه. لان من كان خليفة لاحد كان خليفة لمن قام مقامه فصار تصرفه كتصرفه فيه اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه. حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي لا يشارك الموصى له. لان الهلاك بعد تمام القسمة على من وقع الهالك في قسمته. واما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه. لان للموصى له ملكا جديدا لان يتلقى ما كان من الملك للميت. ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء الموصي حتى يكون الولد رقيقا فلم يصلح الوصي خصما عنه عند غيبته. واذا لم تصح القسمة هنا لعدم الولاية عليه فلو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي في يد الورثة. لان القسمة لم تنفذ عليه فما هلك يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة. لانه لا ملك قبل القسمة غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه فصار كما لو هلك بعض التركة قبل القسمة. فان قاسم الورثة واخذ حظ الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي من التركة لما ذكرنا. وان كان اوصى بحج فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت بثلث ما بقي. وكذا ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده. وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الثلث مستغرقا لم يرجع بشي وان لم يكن رجع بتمام الثلث. وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشي وقد سبق تقريره في الحج. ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها القاضي الى الورثة فقسم والموصى له غايب صحت قسمته. لان الوصية قد صحت للموصى له وان كان غايبا. لان للقاضي ولاية على الغايب فكان قسمته كقسمة الغايب بنفسه. ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول صارت الوصية ميراثا لورثة الموصى له عندنا. واذا صحت وللقاضي عليه ولاية النظر فكان له ان يفرز نصيبه ويقبضه فاذا فعل ذلك صح حتى لو هلك المقبوض ثم حضر الغايب لم تكن له على الورثة سبيل. وصي باع عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء صح بيعه. لان الوصي قايم مقام الموصي ولو باعه الموصي حتى في مرض موته صح بغير رضا الغرماء وبغير محضر منهم لتعلق حقهم به فكذا يبيع من قام مقامه. وهذا لان حق الغرماء متعلق بمعنى المال وهو المالية. لان تعين المال والبيع لا يبطل المعنى لفواته الى الخلف وانما يبطل الصورة ولا حق لهم في الصورة. وهذا بخلاف المولى اذا باع عبده المادون المديون بغير حضور الغرماء حيث لا ينفذ. لان للغرماء حقا في ستسعايه المادون والبيع يبطله. فاما هنا فلا حق للغرماء الا في البيع فصح ابقاء حقهم بغير حضرتهم. ومن اوصى ببيع عبده من فلان والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فهلك في يده ثم استحق العبد ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه عاقد ملتزم للعهدة بالعقد

على نفسه وهذه عهدة لأن المشتري منه لم يرض ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم
فقد أخذ الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده ويرجع في تركة الميت لأنه
عامل للميت في تنفيذ وصيته فيرجع عليه كالوكيل • وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول
لا يرجع لأنه ضمن بفعله وهو القبض فلا يرجع على غيره ثم رجع إلى ما ذكرنا ويرجع
في جميع التركة • وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الثلث • لأن الرجوع بحكم الوصية
لأنه لتنفيذها فتتقيد بمحلها ومحل الوصية الثلث • وجه الظاهر أنه إنما يرجع
عليه لأنه صار مغرورا من جهة الميت فكان الضمان دينا على الميت ومحل قضاء الدين
كل التركة • بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع فإنه لا عهدة عليه • لأن في إلزام العهدة
على القاضي تعطيل القضا لتفادي الناس عن تقلد القضا خوفا من لزوم الضمان وفي تعطيله
تعطيل مصالح الناس وأمين القاضي سفير عنه كالرسول • ولا كذلك الوصي
لأنه كالوكيل وقد مر في كتاب القضاء • فإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن
فيها وفاء لم يرجع بشيء • لأن البيع وقع للميت لا للورثة وصار كسائر الديون التي
تكون على الأموات المفاليس • وإن قسم الوصي التركة فأصاب صغيرا من الورثة
عبد فباعه الوصي وقبض الثمن فهلك في يده ثم استحق العبد رجع المشتري بالثمن على الوصي
ورجع الوصي في مال الطفل لأنه عامل له ورجع الطفل على الورثة بحصته لبطلان
القسمة باستحقاق ما أصابه • وإذا احتال الوصي بمال اليتيم فإن كان ذلك خيرا لليتيم
صح وهو أن يكون الثاني أملأ من الأول • لأن فيه تحقيق النظر وإن كان الأول أملأ لا يصح
لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه • وصح بيع الوصي وشراؤه بما يتغابن الناس
في مثله ولا يصح بما لا يتغابن في مثله • لأن تصرفه مقيد بالنظر قال الله تعالى
ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ولا نظر في الغبن الفاحش • بخلاف الغبن اليسير
لأن في اعتباره تعطيل مصالحه لعدم إمكان الاحتراز عنه • والصبي المأذون
والعبد المأذون والمكاتب يصح بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة
رحمه الله • لأن تصرفهم بحكم المالكية إذ الإذن فك الحجر • أما الوصي فتصرفه بحكم
النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر • وعندهما لا يجوز بالغبن الفاحش
لأن العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة من وجه فلا يملكه من لا يملك الهبة
ويقرض القاضي مال اليتيم لا أبوه ووصيه • وإذا كتب كتاب الشرا على وصي
كتب كتاب الشرا على حدة ويشهد عليه • وكتب كتاب الوصية على حدة ويشهد عليه
لأنه لو كتب كتابا واحدا بأن كتب اشترى فلان ابن فلان وصي فلان ابن فلان وأشهد
عليه قوما وفيهم من لم يشهد على الإيصاء فربما يشهد بالكل فيكون حملا له على الكذب
وهذا لأنه قلما يكون الشهود على الأمرين فريقا واحدا • وصح بيع الكبير على الوصي الغائب
في كل شيء إلا في العقار لأنه قائم مقام الموصي والموصي وهو الأب لا ولاية له على ابنه الكبير •

فكذا

فكذا وصيه إلا أن يبيع المنقول من باب الحفظ • لأنه يتوالى عليه أسباب التوى فكان
البيع حفظا إذ حفظ الثمن أيسر والأب يملك حفظ ماله • فكذا وصيه وبيع العقار
ليس من الحفظ لأنه محفوظ بنفسه إذ لا تتردد عليه أسباب التوى • حتى لو خيف هلاك العقار
أو هلاكه [illegible] قيل يملك لأن البيع في هذه الحالة من الحفظ • والأصح أنه لا يملك ولا يتجر
في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة لأنها من باب الولاية • وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب
وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء • لأن وصيتهم يقوم
مقامهم وهم يملكون ما كان من باب الحفظ فكذا وصيهم • ووصي الأب أحق
بمال الطفل من الجد • وقال الشافعي رحمه الله الجد أحق لأن الشرع أقام الجد
مقام الأب عند عدمه في الإرث فيتقدم على وصيه كالأب • ولنا أن الأب مقدم
على الجد ووصيه قائم مقامه • فيتقدم به تقديم الأب معنى • وهذا لأن العين
للحفظ • ولنا اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد دل أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف
أبيه وإن لم يوص الأب إلى أحد فالجد بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس • ولهذا يملك الإنكاح
دون الوصي

فصل في الشهادة

شهد اثنان أن أباهما أوصى إلى زيد أو وصيان
أن الميت أوصى إلى زيد معهما بطلت الشهادة لأنهما متهمان • أما الابنان فيجران إلى
أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة • وأما الوصيان فلأنهما يثبتان لأنفسهما معينا إلا أن
يدعيه المشهود له فيقبل استحسانا • لأن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ولاية
ضم آخر إليهما فهما أسقطا مؤنة التعيين عن القاضي • وليس في شهادتهما إثبات حق
فيقبل وقد مر في الشهادات • وإن شهد الوصيان لوارث صغير بشيء من مال الميت
أو بغير مال الميت فشهادتهما باطلة • لأنهما يشهدان لأنفسهما ولاية التصرف في
المشهود به • وإن شهد لوارث كبير بشيء من مال الميت لم تقبل وبشيء من غير مال
الميت يقبل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله • وقالا يقبل في الوجهين لأنهما
أجنبيان عن المشهود به • إذ ليس لهما ولاية التصرف في التركة إذا كانت الورثة
كبارا فخلت الشهادة عن التهمة فتقبل • وله أن الوصيين متهمان في هذه الشهادة
لأنهما يثبتان لأنفسهما حق الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث إذ حفظ
مال الميت إليهما في حق الكبير إذا غاب ويثبت لهما عود الولاية بالجنون فكانا متهمين
بخلاف شهادتهما في غير التركة • لأن الميت أقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها •
وإن شهد رجلان لرجلين أن لهما على الميت ألفا وشهد المشهود لهما
أن للشاهدين على الميت ألفا جازت شهادة الفريقين • وإن كانت شهادة كل
فريق للآخر بوصية ألف لم تجز • وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله •
وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقبل في الدين أيضا • وذكر الخصاف رحمه الله

ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يقبل • وعلى قول محمد يقبل
وجه الرد ان الدين بعد الموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة بالموت • ولهذا لو استوفى
احدهما حقه من التركة شاركه الاخر فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة
فتتحقق التهمة بخلاف حال حياة المديون وصحته حيث تقبل لانه في الذمة
لبقائها لا في التركة فلا تتحقق الشركة فلا تثبت التهمة • وجه القبول ان الدين
يجب في الذمة ولا شركة في ذلك اصلا • والاستيفاء من ثمراته فوقعت الشهادة
لغير الشاهد فيقبل • ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما لا يشاركه
الاخر فيه • وانما يشاركه اذا استوفى من التركة ضرورة لضيق التركة • حتى لو كان
في التركة سعة لا يشاركه الاخر فيه • وهذا بخلاف الوصية لان الحق بالوصية
لا يثبت في الذمة وانما يثبت في العين فصار المال مشتركا بينهم فاورث تهمة
ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين
بعبده جازت الشهادة بالاجماع لانه لا شركة في هذه الشهادة فلا تتحقق التهمة
وان شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين
بثلث ماله لا تقبل لتمكن التهمة • لان كل فريق يوجب لنفسه شركة في المشهود به
اذ الثلث يكون مشتركا بينهم وكذا لو شهدا انه اوصى لهذين بعبد وشهد
المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله لا يقبل • لان الشهادة توجب شركة
في المشهود به

فصل

الاصل ان ولاية الوصي تتعدد بتعدد ولاية الموصي لانه
يستفيد الولاية من جهة الموصي • وان ولاية الحفظ تبع لولاية التصرف فلا تظهر مع ولاية
التصرف • امة بين رجلين ولدت ولدا فادعياه معا وثبت نسبه منهما فعتقت
الامة وماتت وتركت مالا الى رجل فالولاية على ولدها لابويه دون وصيها • لان
وصي الام كالام وليس لها ولاية التصرف فلا تظهر مع ولاية التصرف للوالدين
حتى لو غاب الوالدان تظهر ولاية الحفظ لوصي الام فتملك بيع العروض لانه من الحفظ
ويتفرد احدهما بقبول هبته وقبضه وتزويجه وبالخصومة بما يدعى له او عليه
وبقضاء دين عليه وبشراء ما لا بد للصغير من الطعام والكسوة • ولا يتفرد بقبض
دينه وشراء ما له بد منه وقسمة مال مشترك • وعند ابي يوسف رحمه الله يتفرد الامر
فان مات الابوان او غابا او غاب احدهما فلوصيهما ولاية الحفظ وبيع ما يتلف • وان
مات احدهما عن وصي فولاية التصرف والحفظ للباقي من ابويه لانه تعين ابا بقول
عمر رضي الله عنه • فان غاب الاب الباقي يحفظ تركة الام لوصيها ويحفظ تركة
الاب لوصيه فان مات هذا عن وصي فوصيه احق من وصيها ومن ابنه وكذا
وصي وصيه احق من جميع ما ذكرنا • وان مات الاب الباقي بلا ايصاء وله اب
وللاول اب او اب ووصي فالولاية للجدين واب الاب احق من وصيه • لان الوصي

انما يتقدم

انما يتقدم على الجد اذا كان للموصي ولاية كاملة وقت الايصاء والاب الاول لم يكن له ذلك
وقت الايصاء • بخلاف وصي الاب الثاني حيث يتقدم على الجد • لان لموصيه ولاية كاملة
وقت الايصاء • وان مات الابوان معا او متعاقبا ولم يدر الاول فلكل واحد وصي نزل
منزلتهما • وان جن احد الابوين جنونا مطلقا فالولاية للاخر كما في الموت • ومن يجن
مرة ويفيق مرة فهو كالصحيح في حالة الافاقة • وصح بيع الوصي كل التركة لدين لا يحيط
او وصية والورثة كبار حضور عند ابي حنيفة رحمه الله • وقالا ليس له ذلك لانه لا ينفذ الا بقدر الدين والوصية
لان البيع لاجلهما فلم يجز الا بقدرها • وله ان كل جزء من اجزاء التركة مشغول به
فانه اذا هلك شيء من التركة وجب قضاء الدين وتنفيذ الوصية بما بقي فكان له بيع الكل
لذلك • وصح بيع العروض والعقار اذا كانت الورثة صغارا كلهم سواء كانوا حضورا
او غيبا على الميت دين او لا لكن انما يبيع بمثل القيمة او بما يتغابن فيه • لهذا اجاب السلف
رحمهم الله • وجواب المتاخرين رحمهم الله انه انما يجوز بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين
لا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار او يرغب المشتري في شرائه
بضعف القيمة وعليه الفتوى • وان كانت الورثة كبارا كلهم فان كانوا حضورا ولا دين
على الميت ولا وصية فليس للوصي بيع التركة بالاجماع وان لم يكن محيطا يبيع بقدر الدين
اجماعا • وفيما زاد على الدين يبيع عنده خلافا لهما • وان كان الكبار غيبا فله بيع العروض
دون العقار اذا لم يكن له دين ولا وصية • وان كانوا صغارا او كبارا او بعضهم حاضر وبعضهم
غائب فعنده له بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار وفي بيع نصيبهم شائعا
ضرر بالصغار لان بعض العقار مشاعا لا يشترى بما يشترى به الكل فله ولاية بيع الكل
كما في العروض • وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار وليس له بيع نصيب
الكبار الحضور • فان كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم • لانه لا ولاية على الكبار
الحضور ولا له بيع عقار الكبار الغيب لانه ليس من الحفظ • ولو قال الوصي لصبي بلغ وطلب
ماله ابق عبدك فدفعت جعله او اديت خراج ارضك صدق بلا بينة • لانه امين وهذا
من حوائجه فصار كما لو ادعى النفقة على الصبي او على عبده بالمعروف • وقال
محمد رحمه الله لا يصدق الا ببينة لانه قد يكون وقد لا يكون فلا يصدق الا بحجة • كما
لو قال انفقت على محارمك او اديت ضمان غصبك او جنايتك او جناية عبدك
ولو قال اشتريت العبد الذي في يد زيد ودفعت الثمن لم يصدق على ذي اليد لانه
مدع في حقه وصدق في حق الوارث لانه منكر للضمان • ثم في كل موضع كان له فعليه
اليمين • ولو ادب الوصي او الاب الطفل بالضرب فمات ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله كما
لو ضرب المعلم الصبي او العبد بغير اذن الاب والمولى • وكما لو ضرب الزوج زوجته للتاديب
وعندهما لا يضمن لان له ولاية التاديب وذا لا يحصل الا به فصار كما لو ضربه معلم
للتاديب باذن الاب • قلنا الواجب التاديب يحصل بالزجر والتعريك • والله اعلم

كتاب الخنثى

اعلم أن الله تعالى وتقدس خلق بني آدم ذكورا وإناثا كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء، وقال تعالى يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا وإناثا، وقد بين حكم كل واحد منهما، ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى، فدل أنه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد، وكيف يجتمعان وبينهما مضادة، وقد جعل علامة التمييز بينهما الآلة، ولم يقع الاشتباه بأن يوجد الاثنان أو لا يوجد آلة التمييز، وتركيبته تدل على اللين والتكسير، يقال خنث السقا فانخنث أي ثناه فانثنى ومنه المخنث. والخنثى من له ذكر وفرج، فإن كان يبول من الذكر فهو غلام ويرث ميراث الغلام، وإن كان يبول من الفرج فهو أنثى ويرث ميراث الأنثى، لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود ولد في قوم وله ما للمرأة وما للرجل كيف يورث، فقال عليه السلام من حيث يبول. وعن علي رضي الله عنه أن الخنثى يورث من حيث يبول، ولأن البول من أي موضع كان دليل على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب، لأن المنفعة الأصلية للذكر خروج البول. وإن كان يبول منهما فالحكم للأسبق منهما خروجا، لأنه حين وجد بلا معارض فدل أسبقهما خروجا على أنه العضو الأصلي والآخر عيب. وإن استويا في السبق فهو خنثى مشكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا ينسب إلى أكثرهما بولا لأنها دلالة قوة ذلك العضو وأنه عضو أصلي، ولأن للأكثر حكم الكل فيثبت به الترجيح. وله أن كثرة الخروج لا تدل على القوة، فربما تدل على اتساع في أحدهما وضيق في الآخر، ولأن الشيء لا يترجح بالكثرة من جنسه. وقال أبو حنيفة رحمه الله لما أخبر أبا يوسف رحمه الله بجوابه هل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواقي. فإن كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لأنه لم يوجد المرجح. فإذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء أو احتلم أو كان له ثدي مستو فهو رجل، لأن هذه من علامات الذكور. وإن ظهر له ثدي كثدي المرأة ونزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة، لأنها من خصائص النساء. فإن لم يظهر إحدى هذه العلامات أو تعارضت هذه المعالم فهو خنثى مشكل.

فصل في أحكامه

الأصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته. فإن وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء، فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة، ولا يتخلل النساء حتى لا يفسد صلاتهن لاحتمال أنه رجل. وإن قام في صف النساء يعيد صلاته احتياطا لاحتمال أنه رجل. وإن قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره ومن خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال أنه امرأة. وصلاته بقناع أحب لاحتمال أنه امرأة، ويجلس في صلاته كجلوس المرأة لأنه إن كان رجلا فقد ترك سنة

وهو جائز

وهو جائز في الجملة عند العذر، وإن كان امرأة فقد ارتكب مكروها لأن الستر على النساء واجب ما أمكن. وإن صلى بغير قناع يعيدها استحسانا لاحتمال أنه امرأة، وإن لم يعد جاز. ويبتاع له أمة تختنه لأنه يباح لأمته النظر إلى ذكره إن كان رجلا، ويكره أن يختنه رجل فربما يكون أنثى أو تختنه امرأة فربما يكون رجلا، فكان الاحتياط فيما ذكرنا. وإن لم يكن له مال ابتاع الإمام من بيت المال لأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائب المسلمين، فإذا اختتنه باعها ورد ثمنها إلى بيت المال لأنه وقع الاستغناء عنها. ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير لاحتمال أنه رجل، وأن يخلو به غير محرم رجل أو امرأة. وأن يسافر من غير محرم من الرجال احترازا عن احتمال المحرم. وإن أحرم وقد راهق قال أبو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه، لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه. وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة أي المخيط، لأنه إن ترك لبس المخيط وهو امرأة فهو أفحش من لبس المخيط وهو رجل، ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ. ومن حلف بطلاق أو عتاق إن كان أول ما تلده غلاما فولدت خنثى لم يقع واحد منهما حتى يتبين، لأن العتق لا يثبت بالشك. وإن قال كل عبد لي حر وقال كل أمة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا. وإن قال القولين جميعا عتق المستيقن أنه ذكر أو أنثى لأنه ليس بمهمل. وإن قال الخنثى أنا رجل أو قال امرأة لم يقبل قوله لأنه دعوى بخلاف ما يقتضيه الدليل، وإن لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره. وإن مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل لاحتمال أنه امرأة، ولا امرأة لاحتمال أنه رجل، وهذا لأن حل الغسل ليس بثابت بين الرجال والنساء، وييمم بالصعيد لأن المصير إلى التيمم عند تعذر الغسل جائز، ومن ييممه سواء كان ذكرا أم أنثى. ولا يحضر إن كان مراهقا غسل رجل أو امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى. وإن سجي قبره فهو أحب، لأنه إن كان أنثى فقد أقاموا واجبا لأنها عورة وسترها واجب، وإن كان ذكرا فالتسجية لا تضره. وإذا مات وصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى، فيتقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل، ويؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة. وإن دفن مع رجل في قبر واحد لعذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة، ويجعل بينهما حاجز من صعيد. وإن كان مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل. وإن جعل على القبر نعش المرأة فهو أحب لاحتمال أنه عورة. وعن محمد رحمه الله أنه يوضع النعش عليه مغلوبا حتى يخالف حاله حال المرأة وحال الرجل. ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب، يعني يكفن في خمسة أثواب، لأنه إن كان أنثى فقد أقاموا سنة، وإن كان رجلا فقد

زاد على الثلاث ولا بالوراثة. أما حكم ميراثه فللخنثى المشكل أقل النصيبين يعني أسوأ
الحالين عند أبي حنيفة وأصحابه رحمهم الله. وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم
وعليه الفتوى. حتى لو مات رجل وترك ابنا وخنثى مشكلا فالمال بينهما أثلاثا سهمان
للابن وسهم للخنثى وهو نصيب البنت. وعند الشعبي رحمه الله وهو قول ابن
عباس رضي الله عنهما له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول أبي يوسف
رحمه الله أخيرا لأن حاله متردد. والأصل في المسائل اعتبار الأحوال عند التردد
وتوزيع المستحق على الأحوال كما في الطلاق المبهم والعتاق المبهم. ثم اختلف أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله في قياس قول الشعبي رحمه الله في القسمة بين الخنثى والابن
المعروف. فقال أبو يوسف رحمه الله قياس قوله أن يكون المال بينهما على سبعة
ثلاثة للخنثى وأربعة للابن المعروف. لأنا نعتبر نصيب الابن وهو سهم لأنه أقل
وهو متيقن. ثم الخنثى لو كان ذكرا لكان له سهم أيضا. ولو كان أنثى لكان له
نصف سهم ونصف نصيبيه الأنثيه ربع سهم أو يعطيه النصف المتيقن مع نصفه
المشكوك وصار له ثلاثة أرباع سهم. وبعد البسط وهو جعل الصحيح من جنس الكسر
وهو التصحيح وهو تسمية كل كسر سهما صحيحا يصير للابن أربعة وللخنثى ثلاثة
لأنا نجعل كل ربع سهما فيصير المجموع سبعة. وقال محمد رحمه الله
قياس قوله أن يكون المال بينهما على اثنا عشر سهما للابن المعروف سبعة وللخنثى خمسة
لأنه لو كان ذكرا لكان له نصف المال. ولو كان أنثى لكان له ثلث المال فيكون
له نصف النصف ونصف الثلث والباقي للآخر فنحتاج إلى حساب له نصف ولنصفه
نصف وثلث. ولنصفه ثلث ولثلثه نصف. وأقله اثنا عشر في حال له نصف
نصفه ثلاثة وفي حال نصفه الثلث اثنان فيكون خمسة والباقي وهو سبعة للآخر.
ولنا أن الحاجة إلى إثبات المال ابتداء والأقل متيقن وفيما زاد عليه شك فيجب
المتيقن ولا يجب المشكوك. حتى لو أصابه الأقل لو قدر ذكرا فحينئذ يعطى
نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا بأن يكون الورثة زوجا وأما وأختا لأب
وأم هي خنثى أو امرأة وأخوين لأم وأختا لأب وأم هي خنثى. فعندنا في الأصل
للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى. وفي الثانية للمرأة الربع وللأخوين
لأم الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين فيهما فيجعل ذكرا فيهما. لأنه لو كان
أنثى في المسألة الأولى يعول الحساب إلى ثمانية. لأنه يكون صاحب فريضة ففرضها
ثلاثة من ستة وللزوج ثلاثة وللأم سهمان. ولو كان ذكرا يكون له الباقي سهم وسهم
من ستة أقل من ثلاثة من ثمانية. ولو كان أنثى في المسألة الثانية لكان له نصف المال
ستة من اثنا عشر فيعول إلى ثلاثة عشر. ولو كان ذكرا لكان للمرأة الربع وللأخوين
لأم الثلث من اثنا عشر وللخنثى خمسة وخمسة من اثنا عشر أقل من ستة من ثلاثة عشر

لانه يصير

٦٦٥

لأنه يصيبه نصف المال بنصف سهم وذا بسهم. ولو ماتت امرأة وتركت زوجا وأختا
لأب وأم وخنثى فللزوج النصف وللأخت لأب وأم النصف ولا شيء للخنثى. لأن
أسوأ حاليه أن يكون ذكرا لأنه لو جعل ذكرا لا يصيبه شيء ولو جعل أنثى لكان
له سدس وتعول المسألة فيجعل ذكرا.

باب مسائل شتى

إيماء الأخرس وكتابته كالبيان في الوصية والنكاح والطلاق والبيع والشراء والقود
لا في الحد بخلاف معتقل اللسان. اعلم أنه إذا قرئ على الأخرس كتاب وصية فقيل
أشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه نعم أو كتب نعم. فإذا جاء من ذلك ما
يعرف أنه إقرار فهو جائز. ولو اعتقل لسان الرجل فقرئ عليه وصية فأشار برأسه
أي نعم أو كتب فهو باطل. وقال الشافعي رحمه الله هما سواء وتجوزه منه كما
تجوزه من الأخرس. لأن علة الجواز العجز وهو يشملهما ولا فرق بين الأصلي والعارضي
كالأهلي إذا ند فإنه في الذكوة كالوحشي ولم يفصل بين الأصلي والعارضي
فكذا هاهنا. والفرق أن الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة وذا لا يتحقق
في العوارض وإنما يتحقق فيما كان أصليا كالأخرس حتى لو اعتقل لسان المريض وامتد
وصار له إشارات معلومة يجب الحكم به كما في الأخرس كذا قالوا. ولأن الضرورة
في الأصلي لازمة وفي العارضي على شرف الزوال فلا يتقايسان كالصغيرين مع الممتد
ظفرها والآبدة خصت بالنص على خلاف القياس. قال عليه السلام إن لها أوابد
كأوابد الوحش فلذا استوى الوحشي والمتوحش. ويجوز نكاح الأخرس وطلاقه
وعتقه وبيعه وشراؤه ويقبض منه ويقبض له إذا كان يكتب أو يومي إيماء يعرف به
ولا يحد ولا يحد له. أما الكتاب فلأنه من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر فإنه
عليه السلام مأمور بالتبليغ وقد بلغ مرة بالعبارة وطورا بالكتاب إلى الغيب والحجة
هنا أشد لتوهم أن تفاع الحرص فصار به أحق. ثم الكتابة على ثلاثة أوجه مستبين
مرسوم أي معنون وهو يجري مجرى النطق في الحاضر والغائب على ما قالوا ومستبين
غير مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار وهو ليس بحجة إلا بالبينة والبيان
لأنه بمنزلة الكتابة من الصريح فلا يصلح حجة من الأخرس وغير مستبين كالكتابة
على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم. وأما الإشارة فهي حجة
من الأخرس في حق هذه الأحكام للضرورة لأنها من حقوق العباد ولا تختص هذه التصر فات
بلفظ خاص بل تثبت بألفاظ كثيرة وتثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب
أن تثبت بإشارته لحاجته إلى ذلك والغالب في القصاص حق العبد والحدود حق الله
تعالى وهي تسقط بالشبهات. ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة
ولا يحد أيضا بالإشارة في القذف لعدم القذف صريحا وهو شرط لما مر في الحدود
والفرق بين الحد والقصاص أن الحد لا يقام بالبيان لا شبهة فيه. ألا ترى

أن الشهادة بالوطء الحرام والإقرار به لا يوجب الحد وإن كان مطلق الحرمة ينصرف إلى
الزناء والقصاص يقام بالشهادة أو الإقرار بمطلق القتل وإن لم يوجد التصريح بالعمد.
والحاصل أن القصاص عوض لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر
الأعواض التي هي حق العبد. أما الحدود فمشروعة للزجر عارية عن معنى العوضية
فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة. وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب
ليس بحجة في القصاص الذي يجب عليه. ويحتمل أن يكون الجواب هنا مخالفا لذلك وأن
تكون الكتابة كالإشارة وهو الأشبه لأنه لا يمكن الوصول إلى النطق هنا للآفة المانعة
عنه وأمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهليته. وليست هذه المسألة
على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة بخلاف ما يقوله بعض مشايخنا
رحمهم الله أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأن الإشارة حجة ضرورية
ولا ضرورة مع وجود الكتابة لأنه جمع بينهما فقال أشار أو كتب وإنما استويا
لأن كل واحد منهما حجة ضرورية إلا أن في الكتابة زيادة بيان لم توجد في الإشارة
لأنه يفهم المقصود منها بلا شبهة بخلاف الإشارة ففيها نوع إبهام وفي الإشارة زيادة
أثر لم توجد في الكتابة لأن الإشارة أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا. وإن كان
رجل صمت يوما بعارض فكتب أو أشار بشيء من ذلك لم يعتبر ذلك منه في شيء من
التصرفات لأن آلة النطق معه قائمة فهو كمن اعتقل لسانه بسبب المرض.
وقيل هو تفسير معتقل اللسان. غنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة
أكثر تحرى فيها وأكل. وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يؤكل وهذا في حال
الاختيار بأن يجد ذكية بيقين. وأما في حال الضرورة تحرى وأكل سواء كانت
المذبوحة أكثر أو كانا سواء أو كانت الميتة أكثر لأن الميتة تحل عند الضرورة
فالمختلط أولى. ولكن مع هذا لا يأكل بغير تحر لأن التحري دليل يوصله إلى الحلال
في الجملة فلا يصلح تركه بلا ضرورة. وقال الشافعي رحمه الله لا يحل الأكل
في حال الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه
إلا عند الضرورة ولا ضرورة إذ الحال حال الاختيار. ولنا أن الغلبة تقوم مقام الضرورة
في إثبات الإباحة لأنا نعلم أن أسواق المسلمين لا تخلو عن الحرام ومع هذا جاز التناول
بالشراء وغيره باعتبار الغالب. وهذا لأن القليل لا يمكن التحرز عنه ويتعذر الامتناع
عنه فصار عفوا دفعا للحرج كالنجاسة الغليظة والانكشاف القليل بخلاف ما إذا
اختلطت الأواني والأغلب طاهر فإنه لا يتحرى ويتيمم عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لأن التراب يقوم مقام الماء فلا ضرورة إلى التحري. ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية
والمراد أنه ليس بواجب ولا سنة ولكنه مباح. وقال الشافعي رحمه الله هو سنة
لأنه عليه السلام عق عن الحسن والحسين رضي الله عنهما كبشا كبشا. وقال يذبح

عن الغلام

عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة والتعليق بالمحبة ينفي الوجوب والسنة. تبطل الشرط
الفاسد وجهالة البدل البيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال لأنها مبادلة
المال بالمال. والشرط الفاسد في معنى الربا والمجهول لا يصلح بدلا. ولا تبطل الشرط
وجهالة البدل العتق والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لأنها معاوضة بما ليس بمال
فلا تبطل بالشرط الفاسد لأنه لا مدخل للربا فيها فلا تبطل بجهالة البدل كما لو عدم البدل.
والكتابة تبطل بجهالة البدل إذا كانت فاحشة لا بالشرط الفاسد لأنه
لا مدخل للربا فيها لأن الكتابة لا تصح بدون البدل والمجهول لا يصلح بدلا. وإن
جمع بين شيئين فقبل العقد في أحدهما ففي القسم الأول لا يصح سمى لكل واحد منهما
بدلا أو لم يسم. وصح في القسم الثاني بكل حال وفي القسم الثالث إن سمى لكل منهما بدلا
صح وإلا لا. رجل قال لآخر بعتك هذين العبدين بألف وقال على كل واحد
منهما بخمسمائة فقبل في أحدهما لا يصح. وكذا لو آجر شيئين فقبل في أحدهما
أو قال قاسمتك على أن هذا وهذا لي وهذا وهذا لك فقبل في أحدهما وكذا
لو جمع بين الإجارة والبيع والقسمة والبيع أو جمع بين ثلاثة وأجمل أو فصل فقبل
في أحدهما أو كان لرجل على رجل قصاص نفسا لا فصالحاك على ألف فقبل عن أحدهما
صح لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة. أو قال لعبديه أعتقتكما
أو كاتبتكما بألف فقبل أحدهما لا يصح وإن فصل فقبل أحدهما
صح. وإن جمع بين النكاح والبيع والإجارة فقبل أحدهما إن قبل النكاح صح وإن
قبل البيع أو الإجارة لا. وعلى هذا غيرها. وإن جمع بين الكتابة والطلاق أو العتاق
صح أجمل أو فصل. وإن قبل الكتابة إن فصل صح وإن أجمل لا. اقتدى بزيد وظهر
غيره لم يجز. ويقتدى بأهل الهوى إن لم يكفروا. رجل له أرض يزرعها أو حوانيت
يستغلها وغلتها تكفي له ولعياله لم تحل له الزكاة وإن احتاج. قضى رمضان ولم يعين
يوما صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح وإن لم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة.
دخل دمع كثير فم الصائم حتى وجد ملوحته وابتلع فسد صومه. ولو كان
قليلا كقطرتين لا. قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج. منعها زوجها عن الدخول
عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز. طلقها ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع
الألف بإزاء الواحدة. قال لعبده يا سيدي أو لأمته أنا عبدك لا تعتق. وإن
فعلت كذا ما دمت ببخارى فكذا فخرج منها ثم رجع وفعل لا يحنث. باع
أتانا لا يدخل جحشها في البيع. عقاره لابنه ولابن القاضي لا يصح قضاؤه. أشهد
على شهادة نفسه صح بلا عذر. قال المدعي لا بينة لي فبرهن أو قال الشهود
لا شهادة لنا ثم شهدوا يقبل فلعله نسي ثم تذكر أو لم يكن لهم شهادة ثم
صارت لهم شهادة. وقال محمد رحمه الله لا تقبل لأنه صار مناقضا لا

قوله المناقض والاصح قول ابي حنيفة رحمه الله لما بينا • لم يصدق على غيره لئلا يتهم بالرفض
اقر بدين لانسان ثم قال كنت كاذبا في اقراري حلف المقر له على ان المقر ما كان كاذبا
فيما اقر ولست بمبطل فيما يدعيه عليه عند ابي يوسف رحمه الله • وعندهما يؤمر
بتسليم المقر به الى المقر له • والفتوى على انه يحلف المقر له لجريان العادة بين الناس انهم
يكتبون صك الاقرار ثم ياخذون المال • ولو اقر له على عشرة دراهم الا ثلثة الا درهما
لزمه ثمانية لانه استثنى درهما من الثلاثة المستثناة فبقي درهمان فيلزمه ثمانية والاصل
قوله تعالى الا ال لوط انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته • استثنى ال لوط عليه السلام
من المهلكين • وان قال له سبعة الا خمسة الا درهما الا ثلثة لزمه ستة فاستثنى
درهما من ثلثة ثم درهمين من الذي يليه ثم وثم • وكلها بطلاقها فيما لا يملك عزلها
حق فيها بالضرب حتى وهبت مهرها لا يصح ان تعدى على الضرب • وكذا ان احالت
رجلا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح • عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة
لها والنفقة عليه • وكذا ان كانت باذنها لنفسه فله • ولو عمرها لها بلا اذنها فالعمارة لها
وهو متطوع في النفقة وعلى هذا ساير الاملاك كالكرم وغيره • وكذا كل حياة وخصية
وغدة ومثانة ومرارة ودم وذكر • للقاضي اقراض اللقطة ومال الغائب • ينبغي
لحافظ القران ان يختم في كل اربعين • خياط الخان حانوتا في وسط البزازين
منع منه وكذا كل ضرر عام • جعل شيئا من الطريق مسجدا او جعل شيا من المسجد
طريقا للعامة صح • اهل بلدة تركوا الختان حاربهم الامام لانهم تركوا السنة • اسلم شيخ
وقيل انه لا يطيق الختان ترك لان الواجب بالعذر يجانب فترك السنة احق • وابتداء الوقت
المستحب للختان سبع لانه اذا بلغ تسع سنين يؤمر بالصلوة فيؤمر بالختان
حتى يكون ابلغ في التنظيف وان كان اصغر من ذلك او اكبر قليلا فلا باس به
قطع اكثر الجلدة ختان لا اقلها • الصبي اذا كانت حشفته ظاهرة ولا يمكن
ان يمد جلده ذكره ليقطع الا بتشديد وحشفته ظاهرة بحيث لو راه انسان
يظنه مختتنا لا يشدد عليه ويترك • ولو عزم على الكفر بعد سنة يكفر
في الحال • كره مسح اليد والسكين بالخبز ووضع الخبز تحت القصعة والمملحة
والانتظار للادام ان حضر الخبز • واكل الطعام حارا وشمه ونفخه • ولا اعطا باسم
النيروز والمهرجان •

كتاب الفرائض

• الفرض التقدير
وقيل لانصباء المواريث فرايض لانها مقدرة لاصحابها • ثم قيل للعالم بمسايل الميراث
علم الفرايض وللعالم به فرضي • ثم تعلمه مندوب اليه وان كان فرض كفاية
للاخبار الواردة فيه • منها الفرايض نصف العلم فانه اول علم ينسى وينزع عن قلوب
هذه الامة • وانما سمي نصف العلم اعتبارا لحالتي الحياة والممات او لسببي الملك والمتعلق
بالتركة حقوق اربعة مترتبة فيبدا من تركة الميت بتجهيزه وتكفينه اعتبارا

بحاله

بحاله الحيوة من غير تبذير ولا تقتير لقوله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم
يقتروا الاية • ثم يقضى ديونه من جميع ما بقي من ماله لانه من حوائجه وحاجته مقدمة
ثم تنفذ وصيته من الثلث مما بقي من التركة بعد التجهيز والتكفين وقضاء الديون
بالنص • ثم يقسم الباقي من المال بين ورثته وهم ثلثة اصناف • اصحاب الفرايض والعصبات
وذووا الارحام فيبدا بذوي السهام الفرض بالحديث وهو قوله عليه السلام الحقوا
الفرايض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر • ثم بالعصبة النسبية ثم بالعصبة
السببية وهو مولى العتاقة • ثم الرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم • ثم
ذوي الارحام ثم مولى الموالاة • ثم المقر له بالنسب على الغير بحيث لم يثبت نسبه باقراره
من ذلك الغير اذا مات المقر مصرا على اقراره • كما لو اقر باخ او اخت • ثم الموصى له
بجميع المال ثم بيت المال • اما ذو الفرض اي ذو السهم المقدر فعشرة اصناف • الاب وله السدس
مع الابن او ابن الابن وان سفل • والفرض والتعصيب مع البنت او بنت الابن
وان سفلت • والتعصيب المحض عند عدم الولد او ولد الابن وان سفل لقوله
تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فهو نص على انه
ذو الفرض مع الولد وفرضه السدس الا ان الولد ينطلق على الابن والبنت • فان كان
الولد ابنا فالاب فرضه وهو السدس والباقي للابن لقوله عليه السلام الحقوا الفرايض
باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر • واولى رجل من العصبات الابن فان كان الولد
بنتا فللاب سدسه وللبنت النصف والباقي للاب لانه اولى ذكر من العصبات
عند عدم الابن • والحالة الثالثة تثبت بقوله تعالى وان لم يكن له ولد وورثه
ابواه فلامه الثلث صدر الكلام اوجب الشركة ثم تخصيص الام بالثلث دليل
على ان الاب يستحق الباقي فهو نص على انه عصبة حال عدم الولد • والجد الصحيح
وهو الذي لا يدخل في نسبته الى الميت ام كاب الاب او اب اب الاب فان دخل
في نسبته الى الميت ام فهو فاسد كاب ام الاب او كاب ام ام الاب او كاب
اب اب ام الاب فانه من ذوي الارحام • ثم الجد الصحيح كالاب عند عدمه
الا في رد الام الى الثلث وحجب ام الاب لما ياتي بعده ان شاء الله وهو يحجب جميع الاخوة
والاخوات عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه الفتوى • وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله للجد افضل الامرين مع بني الاعيان والعلات • اما المقاسمة وهو ان
يجعل الجد كاحد الاخوة في القسمة وبنو العلات يدخلون في القسمة • واذا اخذ الجد
نصيبه يخرجون بغير شيء • واما ثلث كل المال بيانه اذا ترك جدا واخا لاب ولام فالمال
بينهما نصفان والمقاسمة خير له من الثلث • ولو ترك جدا واخوين فالثلث هنا والمقا سمة
سواء • ولو ترك جدا وثلثة اخوة فالثلث هنا خير من المقاسمة • لان المقاسمة يحصل له
الربع ولو ترك جدا واختا لاب وام او لاب فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين

وان كان مع الجد والاخ ذو فرض فللجد افضل الامور الثلاثة بعد فرض ذي السهم
اما المقاسمة كزوج وجد واخ للزوج النصف والباقي بين الجد والاخ نصفان فيحصل
للجد ربع المال وثلث الباقي يكون سدس جميع المال • واما ثلث ما بقي كجد وجدة
واخوين واخت لاب وام او لاب للجدة السدس وللجد ثلث ما بقي لانه خير له فيضرب
مخرج الثلث في ستة يبلغ ثمانية عشر للجدة سدسها ثلاثة بقي خمسة عشر ثلثها للجد
بقي عشرة اربعة لكل اخ وللاخت سهمان • واما سدس جميع المال كزوج وجد
وبنت وام واخت اصل المسئلة من اثنا عشر وتعول الى ثلاثة عشر للزوج الربع وللبنت
النصف وللام السدس وللجد السدس ولا شيء للاخت • والام ولها السدس مع الولد
او ولد الابن وان سفل • او اخوين او اختين من اي جهة كانا • وثلث الكل عند عدم هؤلاء
المذكورين لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد •
فان لم يكن له ولد وورثه ابواه فلامه الثلث • فان كان له اخوة فلامه السدس • وثلث
ما بقي بعد فرض الزوجين وذلك في موضعين • زوج وابوين او زوجة وابوين فان للام
ثلث ما بقي بعد نصيب الزوج او الزوجة والباقي للاب عند الجمهور لئلا يلزم تفضيل
نصيب الام على الاب فانه خلاف الاجماع • وان كان مكان الاب جد فللام
ثلث جميع المال • الا عند ابي يوسف رحمه الله فان لها ثلث ما بقي ايضا كما
في الاب • والجدة الصحيحة • وهي التي لا يتدخل في نسبتها الى الميت جد فاسد كام
اب الام • ولها السدس لاب كانت او لام • واحدة كانت او اكثر فيشتركن
في السدس اذا كن ثابتات متحاذيات في الدرجة لقوله عليه السلام اطعموا الجدات
السدس • وذات جهتين كذات جهة • اي اذا كانت جدة ذات قرابة واحدة
كام ام الاب واخرى ذات قرابتين او اكثر كام ام الام وهي ايضا ام اب الاب
يقسم السدس بينهما عند ابي يوسف رحمه الله ايضا باعتبار الابدان • وعند
محمد رحمه الله اثلاثا باعتبار الجهات • مثاله امراة زوجت بنت بنتها من ابن ابنها
فولدت بينهما ولد فهذه المزوجة ام ام الولد وهي ايضا ام اب الولد • والجدة الاخرى
ام اب الولد • فان تزوج هذا الولد بسبط لها اخرى فولد بينهما ولد صادفت هذه ام
المراة جدة لهذا الولد الاخير من اربعة اوجه وقس عليه الباقي • والتعدي من
اي جهة كانت تحجب بالقربى من اي جهة كانت وارثة كانت القربى او محجوبة
وتسقط كلها بالام والابويات ايضا بالاب وكذا بالجد الا ام الاب فانها ترث
مع الجد لانها ليست من قبله • والزوج وله النصف عند عدم الولد او ولد الابن
وان سفل • والربع مع الولد او ولد الابن لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك ازواجكم
ان لم يكن لهن ولد • فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن • والزوجة والربع
للواحد فصاعدا الى الاربع عند عدم الولد او ولد الابن وان سفل • لقوله تعالى ولهن الربع

مما تركتم

مما تركتم ان لم يكن لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم • وبنات الصلب
فللبنت الواحدة النصف لقوله تعالى وان كانت واحدة فلها النصف وللاكثر الثلثان
لقوله تعالى وان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك • واذا كانت البنات ثنتين
او اكثر فلهن ثلثا ما ترك الميت او الابن يعصبهن وله مثلا حظها لقوله تعالى للذكر
مثل حظ الانثيين اي لكل بنت سهم ولكل ابن سهمان • وولد الابن وهو الذكور
كولد الصلب عند عدمه • اعلم ان اولاد الابن يقومون مقام اولاد الصلب
عند عدمهم ذكورهم مقام ذكورهم واناثهم مقام اناثهم يرثون ما يرثون ويحجبون
ما يحجبون والنصف للواحدة والثلث للاثنتين فصاعدا عند عدم بنات الصلب
ومع البنت الصلبية لهن السدس تكملة الثلثين كذا الحديث ولا يرثن مع الصلبيتين
الا ان يكون بحذائهن ابن او اسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت
فوقه ممن لم تكن ذات سهم ويسقط من دونه ويسقطن بالابن • ولو ترك ثلاث
بنات ابن بعضهن اسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن اخر بعضهن اسفل من
بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن اخر بعضهن اسفل من بعض • وصورته

الفريق الاول	الفريق الثاني	الفريق الثالث
ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
	ابن بنت	ابن بنت
		ابن بنت
		ابن بنت

فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها احد • والوسطى من الفريق الاول يوازيها العليا من الفريق
الثاني والسفلى من الفريق الاول يوازيها الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث
والسفلى من الفريق الثاني يوازيها الوسطى من الفريق الثالث • السفلى من الفريق الثالث لا يوازيها
احد فللعليا من الفريق الاول النصف لانها بمنزلة بنت الصلب وللوسطى
من الفريق الاول وللعليا من الفريق الثاني السدس تكملة الثلثين وسقطت الباقيات الا ان
يكون معهن غلام فيعصب ابن بنت من كانت بحذائه ومن كانت فوقه بشرط
ان لا تكون الفوقانية ذات سهم ويسقط من دونه • فنقول ان كان الغلام
مع العليا من الفريق الاول فالمال بينها وبين الغلام للذكر مثل حظ الانثيين وان كان
الغلام مع العليا من الفريق الثاني فللعليا من الفريق الاول النصف والباقي بين الوسطى
من الفريق الاول والعليا من الفريق الثاني وبين اختها للذكر مثل حظ الانثيين

وإن كان الغلام مع العليا من الفريق الثالث فللعليا من الفريق الأول النصف وللوسطى
من الفريق الأول والعليا من الفريق الثاني السدس والباقي بين الفريق الثالث والوسطى
من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الأول وبين الغلام للذكر مثل حظ الأنثيين
وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الثالث فللعليا النصف ثم الغلام يعصب
من بحذائه ومن فوقه ممن لم يكن له فرض فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين
والأخوات لأب وأم كالبنات عند عدمهن فللواحدة النصف لقوله تعالى إن امرؤ
هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك والمراد الأخت لأب وأم أو لأب
وللأكثر الثلثان لقوله تعالى فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ومع الأخ
لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى فإن كانوا إخوة رجالا ونساء
فللذكر مثل حظ الأنثيين ولهن الباقي مع البنات أو مع بنات الابن لقوله
عليه السلام اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة والأخوات لأب كأولاد الابن
مع الصلبيين بالإجماع فللواحدة النصف وللأكثر الثلثان عند عدم الأخوات
لأب وأم ولهن السدس مع الأخت لأب وأم تكملة الثلثين ولا يرثن مع الأختين
لأب وأم إلا أن يكون معهن أخ لأب فيعصبهن فيكون للأختين لأب وأم الثلثان
والباقي بين أولاد الأب للذكر مثل حظ الأنثيين ولهن الباقي مع البنات
أو مع بنات الابن لما روينا وللواحد من ولد الأم السدس لقوله تعالى وإن كان
رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس
والكلالة ميت لا ولد له ولا والد وقد أجمعوا أن المراد أولاد الأم ويدل عليه
قراءة أبي وسعد بن أبي وقاص رضي الله عنهما وله أخ أو أخت من أم وللأكثر
الثلث ذكورهم وإناثهم في القسمة والاستحقاق سواء لقوله تعالى فإن كانوا
أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث والشركة تقتضي المساواة كذا قاله أهل
اللغة ويسقط جميع الإخوة والأخوات بالابن وابن الابن وإن سفل وبالأب
بالاتفاق وبالجد عند أبي حنيفة رحمه الله لجريانه لعمومهم ولايته في النفس
والمال ويسقط أولاد الأب بهؤلاء وبالأخ لأب وأم ويسقط أولاد الأم
بالولد وإن كان بنتا وولد الابن وبالأب وبالجد بالاتفاق وأما العصبة وهو
من يأخذ الكل إن انفرد والباقي مع ذي السهم فنوعان نسبية وسببية أما
النسبية فأنواع عصبة بنفسه وعصبة بغيره وعصبة مع غيره وأما العصبة
بنفسه فهو كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى فأصناف والأحق جزء
الميت أي البنون ثم بنوهم وإن سفلوا ثم أصل الميت أي الأب ثم الجد الأب وإن علا
ثم جزء أبيه أي الإخوة لأب وأم ثم لأب ثم بنوهم وإن سفلوا ثم جزء جده أي الأعمام
لأب وأم ثم لأب ثم بنوهم وإن سفلوا والأصل فيه قوله عليه السلام ألحقوا الفرائض

العليا من

ثم ابنت فالأولى رجل ذكر أي فالأقرب وذو القرابتين أحق من ذي قرابة واحدة
ذكرا كان أو أنثى لقوله عليه السلام إن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات كالأخ
لأب وأم والأخت لأب وأم إذا صارت عصبة مع البنت أحق من الأخ لأب وابن الأخ
لأب وأم أحق من ابن الأخ لأب وكذا الحكم في أعمام الميت ثم في أعمام أبيه ثم في أعمام
جده وأما العصبة بغيره فأربع من النسوة وهن اللاتي فرضهن النصف والثلثان يصرن
عصبة بإخوتهن كما مر ومن لا فرض له من الإناث وأخوها عصبة لا تصير عصبة بأخيها
كالعم والعمة المال كله للعم دون العمة وكابن العم وبنت العم المال كله لابن العم دون البنت
وكبنت الأخ وابن الأخ المال كله لابن الأخ وأما العصبة مع غيره فكل أنثى تصير عصبة مع
أنثى أخرى كالأخت مع البنت كما مر وأما العصبة السببية فالمعتق ثم عصبته على الترتيب
الذي مر في العصبات النسبية وقد مر الكلام فيه في كتاب الولاء على الاستقصاء ومن
يدلي إلى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص سوى أولاد الأم فإنهم يرثون معها لعدم
استحقاقها كل التركة والمحجوب يحجب بالاتفاق كالأخوين والأختين فصاعدا من أي
جهة كانا لا يرثان مع الأب ويحجبان الأم من الثلث إلى السدس فالأب والابن والزوجان
والبنت والأم يحجبون حجب الحرمان ويحجب الزوجان والأم وبنت الابن والأخت لأب
حجب النقصان والمحروم لا يحجب كالمحروم بالرق حتى لا يرث العبد من الحر ولا الحر
من العبد وسواء كان وافرا كالقن أو ناقصا كالمكاتب ومعتق البعض عند أبي حنيفة
رحمه الله والمدبر وأم الولد وأما المستسعى في إعتاق الراهن المعسر فيرث ويورث عنه
وإنما لا يرث الرقيق لأنه لا يثبت له ملك ولا يجوز أن يثبت لسيده لأن سيده ليس بوارث
لورثته وقتل المورث مباشرة لقوله عليه السلام لا ميراث للقاتل والحاصل أن كل قتل
يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة يمنع الإرث وإلا لا لأن حرمان الإرث عقوبة
فلا يناط إلا بالفعل الحرام حتى لو قتله بحق كالرجم والقود أو كان القاتل غير مكلف
أو كان القتل تسببا لا يمنع الإرث لأنه لا يجب القصاص والكفارة في هذه الصورة
واختلاف الدين حتى لا يرث الكافر من المسلم ولا المسلم من الكافر واختلاف الدارين
لأن الميراث معلول بالتناصر وعند اختلاف الدارين لا ينصر أحدهما صاحبه ولكن
هذا الحكم في حق أهل الكفر لا في حق المسلمين حتى لو مات مسلم في دار الحرب يرثه
ابنه الذي في دار الإسلام ثم اختلاف الدار على نوعين حقيقي كحربي مات في دار الحرب
وله أب أو ابن في دارنا فإنه لا يرث ذلك الحربي من هذا الذمي وحكمي كالمستأمن والذمي
حتى لو مات مستأمن في دارنا لا يرث منه وارثه الذمي لأنهما وإن كانا في دار واحدة
حقيقة فهما في دارين حكما لأن المستأمن على عزم الرجوع ويمكن منه والدار إنما
تختلف باختلاف المنعة أي الجند والملك لانقطاع العصمة فيما بينهم والكفار يتوارثون
فيما بينهم بالأسباب التي يتوارث بها أهل الإسلام فيما بينهم من النسب والسبب ويرث الكافر

بالتسببين كالمسلم بان ترك ابني عم احدهما اخ لام او زوج. وعند الشافعي رحمه الله اذا
اجتمعت في المجوسي قرابتان او اكثر يرث بالاقوى ويسقط اعتبار الاضعف. وعندنا
ان امكن الجمع بينهما في الميراث ورث بهما. ولو حجب احدهما فبالحاجب. ولا يرث
بنكاح محرم وانما يرث بنكاح يقر عليه او اسلم. بيانه اذا تزوج مجوسي بنته فولدت
منه ابنا فهذا الابن ابن المجوسي وابن بنته. فيرث منه بالبنوة لا ببنوة البنت لان
ابن البنت لا يرث مع الابن والمراة ترث منه بالبنتية لا بالزوجية لانهما لا يقران
على هذا. والمنكوحة ام هذا الولد واخته لابيه. فلها الثلث بالامومية والنصف بالاختية
عندنا وعنده بالامومية لا غير لانها اقوى. ميراث ولد الزنا وولد اللعان من جهة
الام لا غير لانها اقوى فقط ولا يرث هذا الولد من الاب وقرابته ولا يرث الاب ولا قرابته
من هذا الولد لانقطاع نسبه من الاب فينقطع نسبه من قوم الاب ايضا ضرورة. وانما
يكون ميراثه للام واولاد الام وقرابتها. ويوقف للحمل نصيب ابن واحد في رواية عن ابي
يوسف رحمه الله وعليه الفتوى. لان الغالب ولادة ولد واحد والعبرة للغالب. وعن
ابي حنيفة رحمه الله انه يوقف للحمل نصيب اربعة بنين. لان هذا العدد موهوم بخلاف
الزائد عليه لانه لم ينقل ان امراة ولدت اكثر من اربعة في بطن واحد. وقد قال
شريك رحمه الله رايت بالكوفة لابي اسمعيل رحمه الله اربعة بنين من بطن واحد. وعن
محمد رحمه الله نصيب ابنين لانه معتاد. فلو مات وترك ابنا واحدا وام ولد حاملا يكون
المال نصفين على القول المختار فيوقف للحمل النصف ويعطى الحي النصف. ولو ترك امراة
حاملا وابنا فللمراة الثمن وللابن نصف ما بقي فتصح المسالة من ستة عشر. ولو ترك امراة
حاملا فيحسب لها الثمن. ولو ترك معها جدة لها السدس. ولو ترك معها اخا او عما لا يعطى
شيئا لانه لا يسقط اذا كان الولد ابنا. والاصل في مسائل الحمل انه اذا كان الوارث
الاخر ممن يتغير فرضه بحال يعطى اقل النصيبين. وان كان مما لا يتغير فرضه بحال
يعطى فرضه على الكمال وان كان لا يسقط بحال لا يعطى شيء لوقوع الشك في استحقاقه
وقد مر مثله في كتاب المفقود. وان خرج الاكثر فتحرك ثم خرج الباقي ميتا يرث
وان خرج اقله لا. والاصل ان الحمل من جملة الورثة اذا كان موجودا وقت موت المورث
وخرج حيا. وانما يعرف كونه موجودا وقت موت المورث اذا ولدت لاقل من ستة اشهر
من وقت الموت ان كان النكاح قائما وقت الموت. وان كانت في العدة وقت الموت فانها
اذا ولدت لاقل من سنتين يعلم انه كان موجودا وقت الموت. وعلامة خروجه حيا
ان يستهل وهو ان يسمع منه صوت او عطاس. وكذا اذا تحرك شيء من اعضائه. وانما
كان كذلك لان الوراثة خلافة وذا انما يتحقق بالموجود لا بالمعدوم. ولا توارث بين
الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموتى بل مال كل واحد لورثته الاحياء. فلو غرق زوجان
وترك كل واحد اختا فما لها لاختها وماله لاخته. وكذا لو وقع حائط على جماعة وماتوا

جميعا

جميعا لم يدر ايهم مات اولا لا يرث بعضهم من بعض. والاصل ان موتهم معا متصور
فاعتبار هذه الحالة لا توارث فلا توارث بالشك. واما ذو الرحم المحرم فهو كل قريب
ليس بذي سهم ولا عصبة فلا يرث مع ذي سهم ولا مع عصبة سوى احد الزوجين لعدم
الرد عليهما. فعامة الصحابة رضي الله عنهم يرون توريث ذوي الارحام وبه قال
اصحابنا رحمهم الله لقوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض اي بميراث بعض
وقوله عليه السلام الخال وارث من لا وارث له. وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه
لا ميراث لذوي الارحام ويوضع في بيت المال. وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله
وذوو الارحام اربعة اصناف صنف ينتمي الى الميت وهم اولاد البنات واولاد بنات الابن
وصنف ينتمي اليهم الميت وهم الاجداد الفاسدون والجدات الفاسدات. وصنف ينتمي
الى ابوي الميت كبنات الاخوة لاب وام او لاب واولاد الاخوة لام واولاد
الاخوات كلها. وصنف ينتمي الى جدي الميت كالاعمام لام واولادهم والعمات
واولادهن والاخوال والخالات واولادهم وبنات الاعمام لاب وام او لاب فهؤلاء
كلهم ومن يدلي بهم ذوو الارحام واولادهم بالميراث الصنف الاول وان كان ابعد ثم الثاني
ثم الثالث ثم الرابع على ترتيب العصبات وهو الماخوذ. وعن ابي حنيفة رحمه الله
ان الاولى الصنف الثاني وان علوا ثم الاول وان سفلوا ثم الثالث وان نزلوا ثم
الرابع وان بعدوا. والفتوى على الاول. وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ان اولاد الاخوة والاخوات اولى من الجد الفاسد وهو ابو الام. واعلم ان الرد على اصحاب
الفرائض مقدم على ذوي الارحام. وانما يرث ذوو الارحام اذا لم يكن احد من اصحاب
الفرائض ممن يرد عليه ولم يكن عصبة. واجمعوا ان ذوي الارحام لا يحجبون بالزوج
والزوجة اي يرثون معهما. فيعطى للزوج والزوجة نصيبه ثم يقسم الباقي بين ذوي
الارحام كما لو انفردوا. مثاله زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم فللزوج
النصف والباقي لبنت البنت. ثم الاولى بالميراث من الصنف الاول الاقرب
فالاقرب كبنت البنت اولى من بنت بنت البنت. لانهم يرثون على سبيل التعصيب
من وجه وثم يعتبر الاقرب فالاقرب كذا هنا. وان استووا في الدرجة اي
في القرب فولد الوارث اولى سواء كان ولد عصبة او ولد صاحب فرض كبنت
بنت الابن اولى من ابن بنت البنت. وابن بنت ابن اولى من ابن بنت بنت. فان استووا
في القرب وليس فيهم ولد الوارث فالمال يقسم بينهم على السواء ان كانوا ذكورا كلهم
او اناثا كلهن. وان كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الانثيين. وهذا
بلا خلاف ان اتفقت صفة الاصول اي الاباء والامهات في الذكورة والانوثة. وان
اختلفت صفة الاصول فعند ابي يوسف رحمه الله يعتبر ابدان الفروع ويقسم المال
بينهما على السواء. ان كان الكل ذكورا او كان الكل اناثا وان كانوا مختلطين فللذكر

مثل حظ الانثيين. وعند محمد رحمه الله يوخذ العدد من ابدانهم والوصف من البطن
الذي اختلف. حتى لو ترك ابن بنت وبنت بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين
باعتبار الابدان. لان صفة الاصول متفقة. وكذا لو ترك ابن ابن بنت بنت
وبنت ابن بنت بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين لاتفاق الاصول
وهذا بلا خلاف. فلو ترك بنت بنت بنت وبنتا ابن بنت فعند ابي يوسف رحمه الله بلا خلاف
المال بينهما نصفان اعتبارا لابدانهم. وعند محمد رحمه الله المال بينهما اثلاثا ثلثاه
لبنت ابن البنت. وثلثه لبنت بنت البنت اعتبارا للاصول. كانه مات عن ابن بنت
وعن بنت بنت ثم ما اصاب ابن البنت فلولده وما اصاب بنت البنت فلولدها
ولو ترك ولدي بنت بنت وولدي ابن بنت. فعند ابي يوسف رحمه الله
المال بينهم باعتبار الابدان على ستة لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم. وعند
محمد رحمه الله يقسم باعتبار الاصول فيجعل كانه ترك بنت بنت وابن بنت
فيكون ثلث المال لابن البنت والثلث لبنت البنت. ثم ما اصاب ابن البنت
يقسم بين ولديه اثلاثا. ثلثاه لابنه وثلثه لابنته وما اصاب بنت البنت يقسم
بين ولديها اثلاثا ثلثاه لابنها وثلثه لبنتها فتكون القسمة من تسعة. ولو ترك
بنتي ابن بنت وابن بنت بنت عند ابي يوسف رحمه الله ظاهر. وعند
محمد رحمه الله يقسم بينهما اخماسا. خمس المال لابن بنت بنت واربعة اخماسه
لبنتي ابن بنت كانه مات عن ابني بنت وبنت بنت فما اصاب بنت البنت فلولدها
وما اصاب الابن فلولديه لو ترك ابني بنت بنت وبنت ابن بنت وبنتي
بنت ابن بنت فعند ابي يوسف رحمه الله المال بين الفروع اسباعا باعتبار
ابدانهم. وعند محمد رحمه الله يقسم المال على الخلاف اي في البطن الثاني اسباعا
باعتبار عدد الفروع في الاصول اربعة اسباعه لبنتي بنت ابن نصيب جدهما
وثلاثة اسباعه وهو نصيب البنتين يقسم على ولديهما في البطن الثالث انصافا
نصفها لبنت ابن بنت البنت نصيب ابيها والنصف الاخر لابني بنت بنت البنت
نصيب امهما وتصح من ثمانية وعشرين. وقول محمد رحمه الله اشهر الروايتين
عن ابي حنيفة رحمه الله في جميع ذوي الارحام. وعليه الفتوى كذا ذكره الامام
الاسبيجابي في المبسوط. قول ابي يوسف رحمه الله اصح لانه اسهل. وقال
في المحيط ومشايخ بخارى رحمهم الله اخذوا بقول ابي يوسف رحمه الله في جنس هذه
المسائل. ثم نحن نعتبر الجهات في توريث ذوي الارحام كما في اصحاب الفروض
والعصبات غير ان ابا يوسف رحمه الله يعتبر الجهات في ابدان الفروع. ومحمد
رحمه الله يعتبر الجهات في الاصول. كما لو ترك بنتي بنت بنت. وهما ايضا
بنتا ابن بنت وابن بنت بنت. كما لو وجدنا امراة بنت بنتها من ابن بنتها فولدت

بنتان. فعند ابي يوسف رحمه الله المال بينهم اثلاثا. كانه ترك اربع بنات وابنا
فثلثاه للبنتين وثلثه للابن. وعند محمد رحمه الله يقسم المال بينهم على ثمانية وعشرين
سهما للبنتين اثنان وعشرون سهما. ستة عشر سهما من قبل ابيهما وستة اسهم من قبل
امهما وستة اسهم للابن لانه يقسم المال في البطن الثاني وهو يعتبر عدد الفروع في الاصول
عند القسمة. وكانه ترك ثلاث بنات وابنين والمال بينهم على سبعة للابنين
اربعة اسباعه لسهما بلا مزاحمة. وللبنات ثلاثة اسباعه يقسم على البطن الثالث اي على الابن
والبنتين ولا يستقيم ثلاثة على اربعة فنضرب الاربعة في اصل المسئلة وهو سبعة
يصير ثمانية وعشرين يقسم على البطن الثاني للابنين له اربعة اسباعها ستة عشر
وللبنات ثلاثة اسباعها اثنا عشر. ثم يقسم على البطن الثالث بين الابن والبنتين
ستة وقد اخذ بنتا ستة عشر ايضا من الابن فحصل لهما اثنان وعشرون وكذا
في الصنف الثاني اولاهم بالميراث اقربهم الى الميت من اي جهة كان. سواء كان من جهة
الاب او من جهة الام. وعند الاستوى في الدرجة اي القرب فمن كان يدلي بوارث
فهو اولى عند ابي سهل الفرضي وجماعة من المشايخ رحمهم الله. وعند ابي سليمان
الخوجاني من يدلي الى الميت بوارث ليس باولى. وان استوت درجاتهم وليس فيهم
من يدلي بوارث او كان كلهم يدلون بوارث واتفقت صفة من يدلون بهم
اي كلهم يدلون بالذكر او بالانثى واتحدت قرابتهم اي كلهم من جانب الاب
او كلهم من جانب الام. فالقسمة على ابدانهم اي على عددهم. كامهات ابي الاب
وام اب اب ام الاب فهذه الجدات الثلاث استوت منازلهم وليس فيهم من
يدلي بوارث واتفقت صفة من يدلين بهم. لان كل واحد يدلي بذكر
واتحدت قرابتهن فيقسم بينهن اثلاثا لكل جدة سهم. وان اختلفت صفة
من يدلون بهم يقسم المال على اول بطن اختلف كما في الصنف الاول. وان اختلفت
قرابتهم بان كان البعض من جانب الام والبعض من جانب الاب فالثلثان
لقرابة الاب والثلث لقرابة الام. وكذا في الصنف الثالث اولاهم بالميراث اقربهم
الى الميت كبنت الاخت اولى من بنت بنت الاخت. وان استووا في القرب فولد الوارث
اولى عند البعض كبنت ابن الاخ اولى من بنت بنت الاخ. وان استووا
في القرب احدهما ولد العصبة والاخر ولد صاحب الفرض فعند ابي يوسف رحمه الله
يقسم المال باعتبار الابدان. وعند محمد رحمه الله باعتبار الاصول. مثاله
بنت اخ وابن اخت. فعند ابي يوسف رحمه الله الثلثان لابن الاخت والثلث
لبنت الاخ. وعند محمد رحمه الله على عكسه. وان استووا في القرب وليس
فيهم ولد عصبة ولا ولد صاحب فرض فيقسم المال بينهم على السوية ان كان الكل ذكورا
او كان الكل اناثا. وان كانوا مختلطين وقد اتفقت الاصول فللذكر مثل

حظ الانثيين • وان اختلفت الاصول فكذلك عند ابي يوسف رحمه الله وعند
محمد رحمه الله يعتبر اول بطن اختلف كما مر • وان اجتمع اولاد الاخوات المتفرقات
او بنات الاخوة المتفرقين • فعند ابي يوسف رحمه الله من كان لاب وام اولى
وعند محمد رحمه الله يعتبر الاصول • كما لو ترك بنت اخت لاب وبنت اخت
لام فعند ابي يوسف رحمه الله المال كله لبنت الاخت لاب وام • وعند محمد
رحمه الله يقسم بينهن اخماسا خمس المال لبنت الاخت لاب وخمسه لبنت الاخت
لام • وثلثة اخماسه لبنت الاخت لاب وام فرضا وردا كانه ترك ثلاث اخوات
متفرقات • ولو ترك بنت اخ لاب وام وبنت اخ لاب وبنت اخ لام • فعند
ابي يوسف رحمه الله المال كله لبنت الاخ لاب وام • وعند محمد رحمه الله سدس
المال لبنت الاخ لام والباقي لبنت الاخ لاب وام ولا شيء لبنت الاخ لاب كانه
ترك ثلثة اخوة متفرقين • والحكم في الصنف الرابع انه اذا انفرد واحد منهم
استحق كل المال • وهذا الحكم يتاتى في جميع الاصناف • فان اجتمعوا وكان حيز
قرابتهم متحدا بان كان الكل من جنس واحد فالاقوى اولى بالاجماع • اي من
كان لاب وام اولى ممن كان لاب • ومن كان لاب اولى ممن كان لام ذكورا كانوا
او اناثا • وان كانوا ذكورا واناثا واستوت قرابتهم فللذكر مثل حظ الانثيين
كعم وعمة كلاهما لام او خال وخالة كلاهما لاب وام او لاب او لام او كان
حيز قرابتهم مختلفا • العمة لاب وام وخالة الام او خالة لاب وعم لام فالثلثان
لقرابة الاب وهو نصيب الاب والثلث لقرابة الام وهو نصيب الام • وكذا في
اولادهم او لاهم بالميراث اقربهم الى الميت من اي جهة كان • فان استووا في القرب
وكان حيز قرابتهم متحدا فمن كان له قوة القرابة فهو اولى بالاجماع • وان استووا في القرب
والقرابة وحيز قرابتهم متحد فولد العصبة اولى كبنت العم وابن العمة كلاهما لاب
وام او لاب فالمال كله لبنت العم • وان كان احدهما لاب وام وعمة لاب
وعمة لام • وثلاث خالات خالة لاب وام وخالة لاب فثلثا المال للعمات كله
للعمة لاب وام لقوة القرابة وثلث المال للخالات كله للخالة لاب وام لقوة القرابة
خالة لاب وام وخال لاب وعمة لاب وام وعمة لاب • فثلثا المال للعمة التي لاب
وام لقوة القرابة وثلثه بين الخال والخالة لاب وام للذكر مثل حظ الانثيين
وتصح من سبعة • بنت الخال لاب وام وبنت العمة لاب فثلثا المال لبنت العمة
والثلث لبنت الخال • بنت الخال لام وابن العمة لاب وام فالثلثان لابن العمة
والثلث لبنت الخال • بنت خالة لاب وام وبنت عم لام فالثلثان لبنت العم
لام والثلث لبنت الخالة • بنت عم لاب وبنت عمة لاب وام فالمال كله لبنت
العم • لانها ولد العصبة • بنت عمة لاب وبنت عمة لاب وام فالمال كله لبنت العمة

لاب

لاب وام لقوة القرابة • بنت خالة لاب وام وبنت خال لاب فالمال كله لبنت الخال
لاب وام لقوة القرابة • والفروض المذكورة في كتاب الله تعالى ستة
نصف وربع وثمن هذا جنس وثلثان وثلث وسدس هذا جنس اخر على التضعيف
والتنصيف اي النصف ضعف الربع والربع ضعف الثمن والثلثان ضعف الثلث
والثلث ضعف السدس والثمن نصف الربع والربع نصف النصف والسدس نصف
الثلث والثلث نصف الثلثين • ومخارج هذه الفروض اثنان للنصف اربعة ثمانية
فالسدس والثلث • وهذا عند عدم اختلاط الجنس • فان كان في المسئلة نصف
او نصف وما بقي فاصلها في اثنين • وان كان فيها ثلث او ثلث وما بقي او ثلثان
وثلث فمن ثلثة • وان كان فيها ربع او ربع وما بقي او ربع ونصف وما بقي او ربع
وثلث وما بقي فمن اربعة • وان كان فيها سدس وما بقي او سدس ونصف وما بقي
او سدس وثلث وما بقي او سدس وثلث ونصف وما بقي او سدس وثلث او نصف
وما بقي فمن ستة • كزوج وام واخوين لاب وام واخوين لام وهي الحمارية وقال
مالك والشافعي رحمهما الله بالتشريك ولذا سميت مشتركة • وكذا لو كان
سدسان ونصف او ثلثان ونصف • فان كان فيها ثمن وما بقي او ثمن ونصف
وما بقي فمن ثمانية • واما عند الاختلاط فان اختلط النصف بكل الباقي او ببعضه
فهو من اثنا عشر • وان اختلط الثمن بكل الثاني او ببعضه فهو من اربعة وعشرين
وانما يستقيم اختلاط الثمن بكل الباقي على مذهب ابن مسعود رضي الله عنه • لان المحروم
يحجب النقصان عنده • بيانه في امراة وام واختين لاب وام • واختين
لام وابن محروم • فعندنا المسئلة من اثنا عشر وتعول الى سبعة عشر • وعنده
من اربعة وعشرين وتعول الى احد وثلاثين • لان الابن المحروم يحجب المراة
من الربع الى الثمن وتعول الى الزيادة • فالستة تعول الى سبعة كزوج واختين
لاب وام والى ثمانية كزوج واختين لاب وام واخ لام والى تسعة كزوج واختين
لاب وام واخوين لام • والى عشرة كزوج واخوين لاب وام واختين لاب وام
وهي الشريحية لانها وقعت في زمانه • فهذا المخرج يعول وترا وشفعا واثنا عشر
يعول الى ثلثة عشر • كزوجة واختين لاب وام واخ لام • فهذا
المخرج يعول وترا لا شفعا • واربعة وعشرون يعول الى سبعة وعشرين
عولا واحدا كامراة وبنتين وابوين وهي المنبرية • لان عليا رضي الله عنه سئل
عنها على المنبر فقال انقلب ثمنها تسعا ولا يزاد على هذا • الا عند ابن مسعود
رضي الله عنه فان عنده تعول الى احد وثلثين كما بينا انفا في مسئلة المحروم
فالحاصل ان مجموع المخارج سبعة اربعة منها لا تعول • اثنان ثلثة اربعة
ثمانية بلا استقراء • وثلثة تعول ستة اثنا عشر اربعة وعشرون بالاستقراء

ايضًا • وتحتاج في تصحيح المسايل الى سبعة اصول ثلثة بين السهام والرؤس وهي الاستقامة
والموافقة والمباينة واما انقسمت عليهم بلا كسر فلا تحتاج الى الضرب كابوين
وابنتين اصل المسئلة من ستة وتستقيم على الكل • وان انكسر على طايفة واحدة
وبين سهامهم موافقة فاضرب وفق عدد رؤس من انكسر عليهم السهام في اصل
المسئلة من ستة وتستقيم على الكل وتصح من ثلثين وعولها ان كانت عايلة •
كزوج وابوين وست بنات اصلها من اثنا عشر • وتعول الى خمسة عشر وتصح
من خمسة واربعين • فان لم تكن بين سهامهم ورؤسهم موافقة فاضرب كل عدد
من انكسر عليهم السهام في اصل المسئلة كزوج وخمس اخوات لاب اصلها من ستة
وتعول الى سبعة وتصح من خمسة وثلاثين واربعة بين الرؤس والرؤس وهي
التماثل والتداخل والتوافق والتباين • وذلك عند تعدد الكسر بين الرؤس بان
يكون الكسر على طايفتين او اكثر • فان تماثل اعداد الرؤس المتوافقة اي يكون كل
واحد منهما للاخر فاضرب احد الاعداد في اصل المسئلة كست بنات وثلاث
جدات وثلثة اعمام اصلها من ستة وتصح من ثمانية عشر • وان تداخل بعض
الاعداد في البعض بان يعد اقلهما الاكثر اي نفسه فاضرب لكثر الاعداد في اصل
المسئلة كاربع زوجات وثلاث جدات واثنا عشر عمًا • اصلها من اثنا عشر
وتصح من مائة واربعين • فان توافق بعض الاعداد بعضًا بان لا يعد
اقلهما الاكثر ولكن يعدهما عدد ثالث كالثمانية مع العشرين يعدهما
اربعة فاضرب وفق احد الاعداد في جميع الباقي • ثم ما بلغ في وفق الثالث ان
وافق المبلغ الثالث والا فالمبلغ في الثالث ثم في الرابع كذلك • ثم المبلغ في اصل
المسئلة كاربع زوجات وثماني عشرة بنتا وخمس عشرة جدة وستة اعمام
اصلها من اربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلثة ولم يستقم عليهن ولا موافقة
بين العددين فنأخذ عدد رؤسهن اربعة وثلثا الثلثان ستة عشر • ولم
يستقم عليهن ولكن بين العددين موافقة بالنصف واخذنا نصف عدد رؤسهن
خمسة عشر • وللاعمام الباقي سهم ولم يستقم عليهم ولا موافقة بينه وبين
الستة واخذنا جميع عدد رؤسهم ستة فحصل معنا اربعة ستة تسعة خمسة عشر
وطلبنا الوفق بين اربعة وستة فوجدنا بينهما موافقة بالنصف فضربنا نصف
احدهما في جميع الاخرى تبلغ اثنا عشر • ثم طلبنا الوفق بينه وبين التسعة
فوجدنا بينهما موافقة بالثلث فضربنا ثلث احدهما في جميع الاخر فبلغ ستة وثلاثين
ثم طلبنا الوفق بينه وبين خمسة عشر فوجدنا بينهما موافقة بالثلث فضربنا ثلث
احدهما في جميع الاخر فبلغ مائة وثمانين فضربناها في اصل المسئلة وذلك اربعة وعشرون
تبلغ اربعة الاف وثلثمائة وعشرين فمنها تصح المسئلة • وان باين بعضها بعضًا

بان لا يعد

بان لا يعد العددين معًا عدد ثالث كالتسعة مع العشرة • فاضرب احد الاعداد
في جميع الثاني ثم ما بلغ في جميع الثالث ثم ما بلغ في جميع الرابع ثم المبلغ في اصل
المسئلة كامرأتين وست جدات وعشر بنات وسبعة اعمام • اصلها من
اربعة وعشرين • للمرأتين ثلثة ولا يستقيم عليهن وبين العددين موافقة
بالنصف واخذنا نصف عدد رؤسهن ثلثة وللاعمام الباقي بينهم ولم يستقم
عليهم ولا موافقة بين الواحد والسبعة واخذنا عدد رؤسهم سبعة فحصل
معنا اثنان • ثلثة • خمسة • سبعة • وبين هذه الاعداد مباينة فاضرب الاثنين
والثلاثة ثم المبلغ في الخمسة ثم المبلغ في السبعة وهو مايتان وعشرة في اصل المسئلة
وذلك اربعة وعشرون فبلغ خمسة الاف واربعين منها تصح المسئلة • ولو ترك زوجا
وسبع جدات وخمس اخوات فان اصلها من ستة وتعول الى ثمانية وتصح من ثلثمائة
وستين للزوج خمسة وثلاثون ولكل جدة خمسة ولكل واحدة من الجدات واحدة
من الاخوات ستة وثلاثون • وطريق معرفة الموافقة والمباينة بين العددين
المختلفين ان ينقص من الاكثر بمقدار الاقل من الجانبين مرارًا حتى تنتهي في درجة فان اتفقا
في واحد فلا وفق • وان اتفقا في عدد فهما متوافقان ففي الاثنين بالنصف وبالثلاثة
بالثلث هكذا الى العشرة • وفيما وراء العشرة يتوافقان بجزء من ذلك اي في احد عشر
بجزء من احد عشر • وفي خمسة عشر بجزء من خمسة عشر فاعتبر هذا • وما فضل عن
فرض ذوي الفروض ولا مستحق له يرد على ذوي الفرض بقدر حقوقهم الا على الزوجين
عندنا وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم • وقال زيد رضي الله عنه الفاضل
لبيت المال ولا يرد عليهم • وبه قال الشافعي ومالك رحمهما الله • لان السهام
بتقدير الشرع فيمنع الزيادة والنقصان • ولنا ان استحقاق عامة المسلمين بالاسلام
واصحاب الفرايض يشاركونهم في الاسلام ويرجحون بالقرابة فيصرف اليهم وفي
مسئلة الرد مبنية على ذوي الارحام لانهم عندنا على بيت المال وكذا اصحاب الفروض
في الفاضل عن فروضهم مقدمون على بيت المال • وعند مالك والشافعي رحمهما الله
لما لم يستحق ذووا الارحام شيئا ومصب المال بيت المال • وكذا الفاضل عن فرض
ذوي الفروض مصبه بيت المال وسائل الرد اربعة اقسام احدها ان يكون جنس
واحد ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه فالمسئلة من رؤسهم كبنتين او اختين
او جدتين فاجعل المسئلة من اثنين • وثانيها ان يجتمع في المسئلة جنسان او ثلاثة
اجناس ممن يرد عليه عند عدم من لا يرد عليه • فالمسئلة من سهامهم من اثنين
لو كان في المسئلة سدسان كجدة واخت لام اصل المسئلة من ستة • وتصح
من اثنين للجدة سهم وللاخت سهم • ومن ثلثة لو كان ثلث وسدس كجدة واختين
لام اصلها من ستة وتصح من ثلثة للجدة سهم وللاختين سهمان • ومن اربعة لو كان

بنصف وسدس كبنت وبنت ابن. ومن خمسة لو كان ثلثان وسدس كبنتين وأم وثالثها أن يكون مع الأول من لا يرد عليه فادفع فرض من لا يرد عليه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على رؤوس من يرد عليه فاستقام. ولا حاجة إلى الضرب كزوج وثلاث بنات فأقل مخرج فرض من لا يرد عليه أربعة فأعط الزوج ربعها سهما بقي ثلاثة تستقيم على عدد رؤوس البنات. فتصح المسألة من أربعة وإن لم يستقم ووافق رؤوسهم الباقي فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ تصحيح المسألة كزوج وست بنات. وأقل مخرج من لا يرد عليه أربعة أعط للزوج ربعها سهما بقي ثلاثة ولم يستقم على عدد رؤوس البنات ولكن بينهما موافقة بالثلث فاضرب وفق عدد رؤوسهن وهو اثنان في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة فيبلغ ثمانية فمنها تصح المسألة كان للزوج من مخرج فرض من لا يرد عليه سهم فاضربه في المضروب اثنين فهو له والباقي ثلاثة اضربها في المضروب فصار ستة فهو نصيب البنات لكل بنت سهم. وإن لم يوجد بين الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه فالمبلغ تصحيح المسألة كزوج وخمس بنات أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخرجه وهو أربعة ربعها سهم بقي ثلاثة. ولم يستقم عليهن ولا موافقة بينهما فاضرب كل عدد رؤوسهن وهو خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه يبلغ عشرين فمنه تصح المسألة. كان للزوج سهم فاضربه في المضروب يبلغ خمسة فهي له والباقي ثلاثة اضربها في المضروب يبلغ خمسة عشر فاقسم عليهن لكل بنت ثلاثة. ورابعها أن يكون مع الثاني من لا يرد عليه أيضا فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه فإن استقام فيها كزوج وأربع جدات وست أخوات لأم. فمخرج فرض من لا يرد عليه أربعة أعط للزوج ربعها سهم بقي ثلاثة ومسألة من يرد عليه من ثلاثة لأن للجدات السدس وللأخوات لأم الثلث أصل المسألة من ستة سدسها واحد وثلثها اثنين فيكون الكل ثلاثة. فتعلم أن مسألة من يرد عليه من ثلاثة فالثلاثة الباقية مخرج فرض من لا يرد عليه تستقيم على هذه الثلاثة فسهم للجدات وسهمان للأخوات لأم. وإن أردت تصحيح المسألة فاعمل فيه ما بينا من تصحيح المسائل بلا زيادة ولا نقصان. وإن لم يستقم الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه فاضرب سهام جميع من يرد عليه في مخرج فرض من يرد عليه فالمبلغ فروض الفريقين. ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه فما حصل فهو نصيب كل واحد من الفريقين. كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارجه وهو ثمانية ثمنها واحد بقي سبعة. ومسألة من يرد عليه

من خمسة

من خمسة لأن الفرضين ثلثان وسدس فيكون للكل خمسة والباقي من مخرج فرض الزوجات وهو سبعة لا يستقيم على خمسة ولا موافقة بينهما فاضرب الخمسة في الثمانية مخرج الزوجات يبلغ أربعين فهو مخرج فروض الفريقين ثم اضرب سهم من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه وهي خمسة. لأن المضروب مسألة من يرد عليه يبلغ خمسة وهو نصيب الزوجات من الأربعين وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه فللبنات من مسألة من يرد عليه أربعة. فاضربها في الباقي من مخرج فرض من لا يرد عليه. فيبلغ ثمانية وعشرين فهي لهن وللجدات سهم فاضربه في السبعة يبلغ سبعة فهي لهن. وإن انكسر على البعض فصحح المسألة بالأصول المذكورة كما في هذه المسألة فللزوجات خمسة من هذه الأربعين وهو أربع والخمسة لا تستقيم على الأربعة ولا موافقة بينهما. فخذ جميع عدد رؤوسهن أربعة وللبنات ثمانية وعشرون وهو تسع ولا تستقيم الثمانية والعشرون على تسعة ولا موافقة بينهما فخذ عدد رؤوسهن تسعة. فصار معنا أربعة ستة تسعة. وبين الأربعة والستة موافقة بنصف فاضرب نصف أحدهما في جميع الآخر يبلغ اثنا عشر. وبين اثنا عشر وتسعة موافقة بثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر يبلغ ستة وثلاثين فهو المضروب واضربه في الأربعين وهو مخرج فرض الفريقين يبلغ ألفا وأربعمائة وأربعين فمنها تصح المسألة للزوجات مائة وثمانون لكل واحدة خمسة وأربعون. وللجدات مائتان واثنان وخمسون لكل واحدة اثنان وأربعون. وللبنات ألف وثمانية لكل واحدة مائة واثنا عشر. وإن مات بعض الورثة قبل قسمة التركة تصحح مسألة الميت الأول على ورثته ثم انظر ما في يد الميت الثاني من التصحيح الأول وبين تصحيح الميت الثاني ثلاثة أحوال. فإن استقام في يد الميت الثاني من التصحيح الأول على تصحيح الميت الثاني فلا حاجة إلى الضرب وتصح المسألتان من تصحيح الميت الأول. وإن لم يستقم ما في يد الميت الثاني على التصحيح الثاني. فانظر إن كان بينهما موافقة فاضرب وفق تصحيح الميت الثاني في كل تصحيح الميت الأول. وإن كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الأول. واجعل تصحيح الميت الثالث في العمل ثم في الرابع والخامسة كذلك إلى غير النهاية وسهام ورثة الميت الأول يضرب في المضروب أي في التصحيح الثاني إذا كان بين ما في يد الميت الثاني وبين تصحيحه مباينة أو في وفقه إذا كان بينهما موافقة وسهام ورثة الميت الثاني يضرب في كل ما في يده من التصحيح الأول عند المباينة أو في وفقه عند الموافقة. مثاله زوج وبنت وأم فهذه المسألة ردية لأنه بقي سهم من اثنا عشر ولا مستحق له فمخرج فرض من لا يرد عليه أربعة أعطينا الزوج الربع بقي ثلاثة. ومسألة

البنت والام من اربعة لان للام السدس وللبنت النصف والثلاثة الباقية من مخرج الزوج
لا تستقيم على اربعة ولا موافقة بينهما فاضرب كل مسئلة البنت والام وذلك اربعة
في مخرج فرض الزوج وذلك اربعة يبلغ ستة عشر للزوج اربعة وللبنت تسعة
وللام ثلثة فيكون في يد الزوج اربعة فان مات الزوج قبل القسمة عن امراة وابوين
فمسئلة ورثة الزوج من اربعة للمراة الربع وللام ثلث ما بقي سهم وللاب الباقي
سهمان وما في يد الزوج وهو اربعة يستقيم على مسئلة ورثته فكلتا المسئلتين تصحان
من ستة عشر لبنت الميت الاول تسعة ولام الميت الاول ثلثة ولامراة الميت
سهم ولام الميت الثاني سهم ولاب الميت الثاني سهمان فان ماتت البنت
عن ابنين وبنت وجدة وهي ام الميت الاول وتصحيح مسئلة البنت من ستة للجدة
السدس سهم ولكل ابن سهمان وللبنت سهم وما في يدها وهي تسعة لا تستقيم على
الستة ولكن بينهما موافقة بثلثة فاضرب ثلث الستة وهي اثنان في ستة عشر
يبلغ اثنين وثلثين فمنها تصح المسايل الثلاث فمن كان له سهام من ستة عشر
فسهامه مضروبة في وفق مسئلة البنت وهو اثنان ومن كان له سهام من ستة فسهامه
مضروبة في وفق ما في يد البنت وهو ثلاثة فلام الميت الاول ثلثة من ستة عشر فاضربها
في اثنين تصير ستة فهي لها ولامراة الميت الثاني سهم فاضربه في اثنين يكون سهمين
فهما لها ولاب الميت سهمان فاضربهما في اثنين يبلغ اربعة فهو له ولام الميت
الثاني سهم فاضربه في اثنين يكون سهمين فهما لها ولكل واحد من ابني الميت
الثالث من الستة سهمان فاضربهما في ثلثة يبلغ ستة فهي له ولبنت الميت الثالث
سهم فاضربه في ثلثة يكون ثلثة فهي لها وللجدة الميت الثالث وهي ام الاب الاول
سهم فاضربه في ثلثة يكون لها ثلاثة فهي لها وقد كان لها ستة فصار لها تسعة ولامراة
الميت الثاني سهمان ولاب الميت الثاني اربعة فلام الميت الثاني سهمان ولكل
واحد من ابني الميت الثالث ستة ولبنت الميت الثالث ثلاثة وللجدة الميت الثالث تسعة
وان ماتت الجدة عن زوج واخوين وفي يدها تسعة وتصحيح مسئلتها اربعة ولا
يستقيم التسعة على اربعة بينهما ولا موافقة بينهما فاضرب الاربعة في اثنين وثلاثين
فصار مائة وثمانية وعشرين فهو تصحيح المسايل فمن كان له شيء من الاثنين والثلاثين
فاضربه في الاربعة وهي مسئلة الجدة ومن كان له شيء من الاربعة فاضربه في التسعة
وهي ما في يد الجدة فللامراة الميت الثاني من اثنين وثلاثين سهمان ولاب الميت
الثاني اربعة فلام الميت الثاني سهمان ولكل واحد من ابني الميت الثالث ستة
ولبنت الميت الثالث ثلاثة وللجدة الميت الثالث تسعة فان ماتت الجدة عن
زوج واخوين وفي يدها تسعة وتصحيح مسئلتها اربعة ولا يستقيم التسعة
على اربعة بينهما ولا موافقة بينهما فاضرب الاربعة في اثنين وثلاثين فصار

مايه

ماية وثمانية وعشرين فهو تصحيح المسايل فمن كان له شيء من الاثنين والثلاثين فاضربه
في الاربعة وهي مسئلة الجدة ومن كان له شيء من الاربعة فاضربه في التسعة
وهي ما في يد الجدة فلامراة الميت الثاني من اثنين وثلاثين سهمان فاضربهما في
الاربعة فصار ثمانية فهي لها ولاب الميت الثاني اربعة فاضربها في الاربعة
فصار ستة عشر فهي له ولام الميت الثاني سهمان فاضربهما في الاربعة فصار
ثمانية فهي لها ولبنت الميت الثالث ثلاثة فاضربها في الاربعة فبلغ اثنا عشر
فهو لها ولزوج الميت الرابع سهمان من الاربعة فاضربهما في التسعة فصار
ثمانية عشر فهو له ولكل واحد من اخوي الميت الرابع سهم فاضربه في التسعة
فصار تسعة فهي له وان اردت ان تعرف نصيب كل فريق من التصحيح
فاضرب ما كان لكل فريق من اصل المسئلة فيما ضربته في اصل المسئلة اي الذي
سميته المضروب ثم ما حصل فهو نصيب كل فريق كما في المسئلة الثانية المذكورة
فيما تقدم كان للزوجتين من اصل المسئلة ثلاثة اسهم فاضربها في المضروب وهي
مايتان وعشرة يبلغ ستمائة وثلاثين فهي لهما وكان للبنات ستة عشر
فاضربها في المضروب وذلك مايتان وعشرة فبلغ ثلثة الاف وثلثماية وستين
فهي للبنات وكان للجدات اربعة فاضربها في المضروب وذلك مايتان وعشرة
فبلغ ثمانمائة واربعين فهي للجدات وكان للاعمام سهم فاضربه في المضروب
وذلك مايتان وعشرة يكون مايتين وعشرة فهي لهم وان اردت ان تعرف نصيب
كل واحد من آحاد الفريقين فانسب سهام كل فريق من اصل المسئلة الى عدد رؤوسهم
مفردا ثم تعطي بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد من آحاد الفريق كما
في هذه المسئلة فانسب سهام الزوجتين وهي ثلثة اليهما وذلك ثلثماية وخمسة عشر
ثم انسب سهام البنات وهي ستة عشر الى عدد رؤوسهن وذلك عشرة فيكون مثلها
ومثل ثلثة اخماسها فاعط لكل بنت مثل المضروب ومثل ثلثة اخماسه وذلك
ثلثماية وستة وثلاثون ثم انسب سهام الجدات وهي اربعة الى عدد رؤوسهن
وذلك ستة فيكون مثل ثلثيها فاعط لكل جدة مثل ثلثي المضروب وذلك مائة
واربعون ثم انسب سهام الاعمام الى عدد رؤوسهم وذلك سبعة فيكون مثل
سبعها فاعط لكل عم سبع المضروب وذلك ثلاثون واما قسمة التركة
فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في جميع التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح
اي مصحح المسئلة ثم اطلب الوفق بين التصحيح وبين التركة فان كان بينهما مباينة
فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل من التركة ثم اقسم المبلغ على
التصحيح ثم ما حصل فهو نصيب كل واحد من الورثة من التركة كزوج وابوين
وابنتين والتركة سبعة عشر دينارا فصحح المسئلة اولا فاصل المسئلة من اثنا عشر

للزوج الربع ثلاثة تستقيم عليه • وللأبوين السدسان أربعة تستقيم عليهما وللأولاد الباقي
لا يستقيم على عدد رؤوسهم وذلك أربعة تقديرًا ولا موافقة بينهما فاضرب الأربعة
في أصل المسألة يبلغ ثمانية وأربعين فيصير للزوج اثنا عشر ولكل واحد من الأبوين
ثمانية وللابن عشرة ولكل بنت خمسة • ثم اطلب الوفق بين ثمانية وأربعين
وبين التركة وهي سبعة عشر ولا موافقة بينهما • فاضرب سهام الزوج وهي
اثنا عشر في التركة سبعة عشر • واقسم الحاصل وهو مائتان وأربعة على التصحيح
وذلك ثمانية وأربعون تخرج أربعة دنانير وربع دينار وهي للزوج من التركة •
ثم اضرب سهام الأب من التصحيح وذلك ثمانية في سبعة عشر • واقسم
الحاصل وهو مائة وستة وثلاثون على ثمانية وأربعين • تخرج ديناران وخمسة
أسداس دينار وهي للأب من التركة وكذا للأم • ثم اضرب سهام الابن
وهي عشرة في سبعة عشر • واقسم الحاصل وهو مائة وسبعون على ثمانية وأربعين
تخرج ثلاثة دنانير • واقسم الحاصل وهو خمسة وثمانون على ثمانية وأربعين
تخرج دينار وثلاثة أرباع دينار وخذ لكل بنت من التركة • وإن كان بين
التصحيح والتركة موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة
ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح فالحاصل نصيب ذلك الوارث • كما لو كانت التركة
ثمانية عشر في هذه المسألة فاطلب الوفق بين ثمانية وأربعين وبين ثمانية عشر
تجد بينهما موافقة بالسدس • فاضرب سهام الزوج وهي اثنا عشر في وفق التركة
وذلك ثلاثة فاقسم الحاصل وهو ستة وثلاثون على وفق التصحيح • وهو ثمانية تخرج
أربعة دنانير ونصف دينار فهي للزوج من التركة • ثم اضرب سهام الأب
وهي ثمانية في ثلاثة • واقسم الحاصل وهو أربعة وعشرون على الثمانية تخرج ثلاثة
دنانير وهي للأب من التركة وكذا للأم • ثم اضرب سهام الابن وهي عشرة
في الثلاثة • واقسم الحاصل وهو ثلاثون على الثمانية تخرج ثلاثة دنانير وثلاثة أرباع
دينار وهي للابن من التركة • ثم اضرب سهام كل بنت وهي خمسة في الثلاثة
واقسم الحاصل وهو خمسة عشر على الثمانية تخرج دينار وخمسة دوانق وطسوج وهي
لكل بنت من التركة • **فصل** في قضاء الديون دين كل غريم بمنزلة سهام
كل وارث في العمل ومجموع الديون بمنزلة التصحيح • أي إذا لم تف التركة بالديون
والغريم أكثر من واحد فاطلب الوفق بين مجموع الديون وبين التركة
فإن كان بينهما مباينة فاضرب دين كل غريم في جميع التركة • ثم اقسم الحاصل
على مجموع الديون • كما لو كانت التركة سبعة عشر والديون ثمانية وأربعين
دينارًا لزيد اثنا عشر دينارًا ولعمرو ستة عشر دينارًا ولبكر عشرون دينارًا •
وبين سبعة عشر وثمانية وأربعين مباينة • فاضرب دين زيد وهو اثنا عشر

في جميع

في جميع التركة وذلك سبعة عشر • واقسم الحاصل وذلك مائتان وأربعة على مجموع الديون
وذلك ثمانية وأربعون يخرج أربعة دنانير وربع دينار فهي لزيد من التركة ويبقى
له على الميت سبعة دنانير وثلاثة أرباع دينار • وقس على هذا دين عمرو ودين بكر
وإن كان بينهما موافقة فاضرب دين كل غريم في وفق التركة ثم اقسم الحاصل على
وفق مجموع الدين فما خرج فهو نصيب ذلك الغريم كما لو كانت التركة ثمانية عشر
وبينهما موافقة بالسدس • فاضرب دين زيد وذلك اثنا عشر في وفق التركة
وذلك ثلاثة واقسم الحاصل • وهو ستة وثلاثون على مجموع الديون وذلك
ثمانية تخرج أربعة دنانير ونصف دينار فهي لزيد من التركة • ويبقى له
على الميت سبعة دنانير ونصف دينار • وقس عليه دين عمرو ودين بكر •
فإن صالح بعض الورثة على شيء من التركة فاطرح سهامه من التصحيح أو من
أصل المسألة مع وجود المصالح • ثم اطرح سهامه من التصحيح واقسم ما بقي
على سهام بقية الورثة • تركت زوجًا وأمًا وعمًا • فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر
وخرج من بين الورثة • فاطرح سهامه من التصحيح وهي ثلاثة واقسم باقي التركة
بين الأم والعم أثلاثًا بقدر سهامهما سهمان للأم وسهم للعم • لأن أصل المسألة من ستة
للزوج النصف ثلاثة • وللأم الثلث سهمان وللعم الباقي سهم • فلما طرحت سهام الزوج
بالتخارج بقي سهمان للأم وسهم للعم • فيقسم باقي المال بينهما أثلاثًا ۝ والحمد لله
على أن وفقني لإتمام هذا الكتاب • مشتملًا على مسائل الهداية وتعليلاتها •
وتفريعاتها • موضحًا لمعضلاتها • مبينًا لغويصاتها • حاويًا لمسائل الجامع
الكبير والزيادات • ونظم الخلافيات • وبعض مسائل المبسوط والواقعات
متضمنًا لما هو المعول عليه من الكلمات • محلى بقواعد أصول الفقه وإشارات •
ترشد القرائح الصافية • معرى عن تطويلات تبلد الأذهان وتبدد الخواطر
الماضية • فاعلم أنه لا يتضح مخزون أنواره • ولا ينكشف مضمون أسراره على مطالع
إلا بعد استعمال الفكر • وإمعان النظر • والمثابرة على المطالعة • والاستعانة
بالخلوة وفراغ البال • والتوقي عن مزدحم الاشتغال • بعد أن كان
دارسًا في علم أصول الفقه حافظًا للفروع • آخذًا من سائر العلوم بحظ •
جامعًا بين تحقيق وحفظ • كثير المطالعات • طويل المراجعات • قد تجمع
زمانًا وتدرج إليه • وتردد عليه • مسترسل الطبيعة • مشتعل القريحة •
فأما من سولت له نفسه فأراد أن يدرك البغية بالتطاول لا بمجرد المطالعة
مع توزع الخاطر واضطراب الفكر • فهو مغرور مغبون • وأخلق أن يكون
ممن لا يعلم الكتاب إلا أماني وإن هم إلا يظنون • وربما حكم صاحب هذه الحالة
على لفظ الكتاب بالخلل متى اشتبه عليه • وعلى معناه متى لم يعلم فحواه •

وكم من عائبٍ قولاً صحيحاً ۞ وآفته من الطبع السقيم

ولنختم الكتاب بالدعاء المأثور اللهم رب السموات السبع وما أظللن ورب الأرضين وما أقللن ورب الشياطين وما أضللن كن لي جاراً من شر خلقك أجمعين أن يفرط علي أحد منهم أو أن يبغي عز جارك وجل ثناؤك ولا إله غيرك لا إله إلا أنت والحمد لله رب العالمين

وكان الفراغ منه بين نهار الجمعة
خامس ذي الحجة الحرام
احد شهور سنة ٩٩٥
من الهجرة النبوية
على صاحبها أفضل
الصلاة
والسلام
والتحية

وكتب برسم شيخ الإسلام وحيد الأئمة العلام ملك الفقهاء والعلماء المجتهدين برهان المدرسين مولانا الأفندي إبراهيم بن علي أعلى الله قدره آمين



وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم